Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Johann Besgen

Referendar in Eschweiler.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
	Einleitung	1
§ 1.	Wesen und Begriff der Konkurrenzklausel	3
§ 2.	Die Grenzen der Verbindlichkeit der Konkurrenzklausel. Das richterliche Ermäßigungsrecht	15
§ 3.	Nichtigkeit der Konkurrenzklausel bei Minderjährigkeit des Handlungsgehilfen	29
§ 4.	Voraussetzungen der Geltendmachung von Ansprüchen des Prinzipals aus der Konkurrenzklausel	41
§ 5.	Zuwiderhandlungen gegen die Konkurrenzklausel seitens des Handlungsgehilfen und deren Folgen	63
§ 6.	Weitere Rechtsfragen	77
§ 7.	Abänderung oder Aufhebung der Konkurrenzklausel?	78

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0060

Literaturverzeichnis.

Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichtes zu Dresden.

Allgemeine österreichische Gerichtszeitung. Manzscher Verlag in Wien.

Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. 1907.

Archiv für bürgerliches Recht. Herausgegeben von Josef Kohler und B. Ring. Berlin 1891.

Böhm, Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht. Leipzig.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichtes in Zivilsachen.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse. 3. Aufl. Halle 1905.

Deutsche Juristenzeitung. Berlin. (zit.: DJZ.)

Droysen, Die §§ 74, 75 des Handelsgesetzbuches v. 10. 5. 1897. Berlin, Guttentag, 1908.

Düringer u. Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 1. 2. Aufl. Mannheim 1908.

Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte. 2. Aufl. Jena 1906.

Eltzbacher, Die Unterlassungsklage. Berlin 1906, Verlag von Franz Vahlen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (zit.: RGE.)

Entscheidungen der Oberlandesgerichte. (zit.: OLG.)

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. (zit.: ROHG.)

Entwurf eines Handelsgesetzbuches mit Ausschluß des Seehandelsrechtes nebst Denkschrift. Berlin 1896. (zit.: Denkschr.)

Fravi, Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen nach dem Handelsgesetzbuch von 1897. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1903.

Fromm, Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen. Diss. Königsberg 1905.

Fuld, Das Recht des Handlungsgehilfen. Hannover 1897.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 7. Aufl. Berlin 1903.

Gewerbe- und Kaufmannsgericht. Monatsschrift des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. Berlin und Frankfurt. (zit.: Gew.-u.KfmG.)

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 1. Berlin 1901.

Goldmann-Lilienthal, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1903.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Stuttgart.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Berlin.

Guggisberg, Die Konkurrenzklausel. 21. Heft der Abhandlungen zum schweizerischen Recht, herausgegeben von Dr. Max Gmür. Bern, Verlag von Stämpfli & Co, 1907.

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6. Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1897.

Heitmann, Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1906.
Hörnig, Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1907.
Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge. 2. Aufl. Berlin 1905.
Juristische Wochenschrift. Berlin.
Hirths Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung und Verwaltung. München, J. Schweitzers Verlag.
Kohler, Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Zivilrecht Mannheim 1883. (zit.: Kohler.)
Kaufmann, Handelsrechtliche Rechtsprechung. Hannover 1901/08.
Koslowski, Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen. Hamburg 1907.
Lehmann, Dr. H., Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. München 1906.
Lehmann u. Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1902.
Lemberg, Vertragsmäßige Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit. Diss. Breslau 1888.
Lotmar, Der unmoralische Vertrag. Leipzig 1896.
Lotmar, Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. 2 Bde. Leipzig 1902 u. 1908.
Litthauer-Mosse, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. 13. Aufl. Berlin 1905.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. 13. Aufl. Berlin 1906.
Moses, Das Recht der Handlungsgehilfen und Lehrlinge. Breslau 1897.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch und Einführungsgesetz. 3. Aufl. Berlin 1903.
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Hannover.
Reinshagen, Die Konkurrenzklausel der Handlungsgehilfen. Leipzig 1903.
Renger, Die Beurteilung von Konkurrenzklauseln. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1903.
Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts. Vorträge. Berlin 1900.
Roßner, Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1905.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1906.
Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch. Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. München 1906.
Steiner, Die Konkurrenzklausel nach dem neuen Handelsgesetzbuch. Stuttgart 1898.
Tiedemann, Das gesetzliche Konkurrenzverbot und die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen nach dem neuen Handelsgesetzbuch. Leipzig 1904.
Stephan, Die Unterlassungsklage. München 1908.

Abkürzungen.

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. 8. 1896.
EG. z. HGB. = Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche v. 14. 5. 1897.
HGB. = Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897.
ZPO. = Zivilprozeßordnung in der Fassung v. 17. 5. 1898.

Einleitung.

Zu den unerfreulichen Erscheinungen auf dem Gebiete des Rechtslebens in der Jetztzeit gehört es, daß es sich im Deutschen Reiche zurzeit immer mehr einzubürgern scheint, sofort nach dem Gesetzgeber zu rufen, wenn man glaubt, ein Gericht habe das Gesetz nicht richtig verstanden. So findet in dieser Beziehung in der Öffentlichkeit eine sehr starke Agitation der Handlungsgehilfenverbände statt, die darauf ausgeht, daß das Handelsgesetzbuch schon jetzt nach kaum neunjährigem Inkrafttreten in der durch die §§ 74, 75 erfolgten Regelung der „Konkurrenzklausel" abgeändert werden soll. Diese Agitation beruft sich hauptsächlich darauf, daß die Richter mit ihrer Rechtsprechung bezüglich der Konkurrenzklausel nicht das Richtige getroffen hätten, da man alle Augenblicke Urteile lesen könnte, die geradezu unverständlich seien.[1]) Daß diese Bestrebung eine zu weitgehende ist und auch die angeführte Begründung derselben verfehlt erscheint, soll dadurch bewiesen werden, daß ich in der folgenden Abhandlung die Rechtsverhältnisse der Handlungsgehilfen, wie sie sich nach den Bestimmungen der §§ 74, 75 HGB. ergeben, darzustellen und hierbei zu zeigen versuche, wie das geltende Recht bezüglich der Konkurrenzklausel so weitherzig und elastisch ist, daß mit ihm jedem berechtigten Anspruche genügt werden kann und auch etwa neu auftauchende Bedürfnisse sich gut damit abfinden können. Der Hauptwert soll also darauf gelegt werden, zu erläutern, wie sich das Gesetz und die Rechtsprechung zurzeit zur Frage der Konkurrenzklausel stellen,

---

[1]) s. Dr. Potthoff im Gew.-u.KfmG. 12. Jahrg. 1907 Nr. 12 S. 276; Köster in der Beilage zu Nr. 1 des Gew.- u. KfmG. 13. Jahrg. 1908 S. 88; Koslowski in der Schrift: Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen; Weber in Hirths Annalen des Deutschen Reichs 41. Jahrg. 1908 Nr. 1 S. 53; a. A. Gareis in DJZ. 1908 Nr. 1 S. 45.

und die Unterschiede vom früheren Rechte nur insoweit hervorzuheben, als es zum besseren Verständnisse erforderlich ist. Dagegen glaubte der Verfasser eine Darstellung der geschichtlichen Entwicklung dieser Vorschriften bezüglich der Konkurrenzklausel bis zu ihrer endgültigen Regelung durch das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 unterlassen zu dürfen, da bereits eine große Anzahl von ausführlichen und erschöpfenden Darstellungen in dieser Beziehung vorhanden ist.[1])

[1]) s. Droysen a. a. O. S. 7—25; Fravi a. a. O. § 1 S. 1—26; Fromm a. a. O. S. 12—43; Guggisberg a. a. O. S. 13—20; Lemberg a. a. O. S. 9—16; Renger a. a. O. S. 12—24; Reinshagen a. a. O. S. 5—17; Roßner a. a. O. S. 2—16; Steiner a. a. O. S. 4—11; Tiedemann a. a. O. S. 9—16.

§ 1.

Begriff und Wesen der Konkurrenzklausel.

Unter Konkurrenzklausel im Sinne des § 74 HGB. ist nach der Definition, die das Gesetz gibt, eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen zu verstehen, „durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung seines Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird". Ihr Inhalt ist also ein negativer oder nach allgemeiner Bezeichnung eine negative Vertragsobligation, welche zu dem Zwecke vereinbart wurde, die Konkurrenz einer genau bestimmten Person nach bestimmten Richtungen hin auszuschließen, und die zu diesem Zwecke die Handels- und Gewerbefreiheit einschränkt, teilweise sogar, wenn auch innerhalb gewisser Grenzen, aufhebt.[1] Sie ist eine Schutzmaßregel zum Schutze berechtigter Interessen des Kaufmanns. Sie soll verhindern, daß der Handlungsgehilfe die beim Prinzipal gesammelten Erfahrungen nach Beendigung des Dienstverhältnisses zum Nachteile desselben durch seine gewerbliche Tätigkeit verwertet. Ebenso wie durch das Patent- und Autorrecht die Errungenschaften des Genies und des Fleißes gegen unberechtigte Ausbeute Dritter gesichert sein sollen, ebenso will derjenige, der sich im Besitze einer eigenartigen Industriemethode oder einer soliden Kundschaft befindet, sich durch vertragsmäßiges Verbot gegen rücksichtslose Eingriffe seines ehemaligen Bediensteten schützen, den er in seine Industriemethode eingeweiht, in seine Kundschaft eingeführt hat.[2]

Die sich bei dem Abschlusse der Vereinbarung einander gegenüberstehenden Vertragsteile sind der Prinzipal und der Handlungsgehilfe. An dieser Stelle eine Darstellung der Begriffe „Prinzipal"

[1] Fuld bei Gruchot, Beitr. zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 47 S. 565.

[2] Kohler a. a. O. S. 62 63.

und „Handlungsgehilfe" folgen zu lassen, glaube ich unter Hinweis auf die ausführlichen und erschöpfenden Ausführungen darüber in den Lehrbüchern des Handelsrechts und den Kommentaren zum Handelsgesetzbuche wohl unterlassen zu dürfen.

Die Vereinbarung muß getroffen sein zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, d. h. die beiden Kontrahenten müssen durch einen Dienstvertrag zueinander in rechtlicher Beziehung stehen, wie sich aus dem Nachsatze: „durch welche dieser für die Zeit nach Beendigung seines Dienstverhältnisses ..." ergibt. Auch der Umstand, daß das Gesetz von „dem" Prinzipal und „dem" Handlungsgehilfen redet, spricht für diese Ansicht. Ohne Zweifel braucht der Prinzipal indessen nicht gerade in Person den Vertrag bezüglich der Konkurrenzklausel zu verabreden. Es steht nicht im Widerspruche zu den gesetzlichen Bestimmungen, wenn auf beiden Seiten Bevollmächtigte auftreten. So würde insbesondere der Prokurist ebenfalls gültige Konkurrenzklauseln mit dem Handlungsgehilfen eingehen können, da hierdurch auch die Vereinbarung zwischen diesem letzteren und dem Prinzipal, der durch den Prokuristen vertreten wird, zustande kommt.

An eine bestimmte Form ist die Gültigkeit der Konkurrenzklausel nicht gebunden. Ihre Vereinbarung braucht daher, obgleich dieses in der Praxis die Regel bildet, nicht schriftlich zu erfolgen, sie kann auch mündlich geschlossen werden.

Die bereits erwähnte gesetzliche Normierung der Konkurrenzklausel im § 74 HGB. definiert die Klausel als „Vereinbarung". Erwähnt sei hierbei, daß in der Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches[1]) der Begriff der Konkurrenzklausel enger gefaßt worden war, indem sie dort definiert wurde als eine Vertragsabrede, durch die sich der Handlungsgehilfe dem Prinzipal gegenüber für den Fall der Beendigung des Dienstverhältnisses einer Beschränkung seiner gewerblichen Tätigkeit unterwirft, insbesondere die Verpflichtung eingeht, ein Konkurrenzgeschäft nicht zu errichten oder in ein solches als Angestellter einzutreten. Indessen ließ der Gesetzgeber den Ausdruck Vertragsabrede schon um deswillen fallen, damit nicht, wie Reinshagen bemerkt,

[1]) Hahn-Mugdan a. a. O. S. 240, 241.

wegen des Wortes „Vertragsabrede" unter Konkurrenzklausel lediglich Nebenverträge verstanden würden, die mit dem Hauptvertrage, der das Dienstverhältnis regelt, formell verbunden wären. Nach der Fassung des Gesetzes jedoch fallen unter dasselbe alle „Vereinbarungen" der fraglichen Art; es kommt nicht darauf an, ob sie schon bei der Anstellung des Handlungsgehilfen vereinbart wurden oder später längere Zeit nach Abschluß des Dienstvertrages.[2]) Hier bedarf die in letzter Zeit aufgetauchte Streitfrage einer Erwähnung, ob nämlich eine Vereinbarung dann als Konkurrenzklausel im Sinne der §§ 74, 75 HGB. anzusehen ist, wenn die Auflösung des Dienstverhältnisses und Abschluß der Konkurrenzklausel in einem Akte festgelegt werden. Das Reichsgericht[3]) hat zwar diese Frage bejaht, indem es in einem Falle, wo der Prinzipal mit seinem Handlungsgehilfen einen Vertrag schloß, durch den gleichzeitig das bestehende Dienstverhältnis aufgehoben wird, der Gehilfe eine Filiale des Prinzipals kauft und sich einer Konkurrenzklausel unterwirft, folgendes ausführt: Die Gesetzesbestimmung des § 74 wolle nur solche Fälle treffen, bei denen der Handlungsgehilfe sich deshalb der in der Konkurrenzklausel enthaltenen Beschränkung seiner persönlichen Freiheit unterwerfe, weil er im Geschäfte seines Prinzipals sein weiteres Fortkommen erhalten solle, und der Prinzipal die Vorteile der Klausel erwerbe, weil er dem Handlungsgehilfen das weitere Fortkommen in seinem Geschäfte nach Möglichkeit gewähre. Die Bestimmung des § 74 finde daher nur Anwendung, wenn die Konkurrenzklausel, sei es bei Beginn des Dienstverhältnisses, sei es während des Bestehens des Dienstverhältnisses, vereinbart worden sei, dagegen nicht auch dann, wenn sie gleichzeitig mit der Auflösung des Dienstverhältnisses verabredet worden sei. Falle diese Auflösung mit der Vereinbarung der Konkurrenzklausel zeitlich zusammen, so trete eben gleichzeitig mit dem Außerkrafttreten des zwischen den Parteien bestehenden Dienstvertrages bezw. Dienstverhältnisses die Kon-

[1]) s. Reinshagen a. a. O. S. 17, 18.

[2]) s. Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 3 S. 459; Makower a. a. O. zu § 74 Ia S. 226; Lehmann-Ring a. a. O. zu § 74 Nr. 2 S. 179; Tiedemann a. a. O. S. 81; a. A. Goldmann a. a. O. zu § 74 S. 357.

[3]) RGE. v. 15. 1. 1908 in JurW. 1908 S. 207, 208.

kurrenzklausel in Kraft. Letztere sei alsdann aber von dem Handlungsgehilfen nicht mehr als Gehilfe des Prinzipals geschlossen und falle demnach nicht unter die Vorschriften des § 74. Dieser Ansicht ist indessen m. E. nicht beizutreten, weil der Handlungsgehilfe, als er sich der Klausel unterwarf, noch nicht aufgehört hatte, Handlungsgehilfe des Prinzipals zu sein, abgesehen davon, daß die Klausel mit Rücksicht auf die bevorstehende Notlage, den ganzen Vertrag scheitern zu sehen, falls die Übernahme der Klausel abgelehnt würde, also in einer „Unfreiheitslage" vereinbart wurde. Für diese „Unfreiheitslage" dürften doch gerade die Vorschriften der §§ 74, 75 HGB. geschrieben sein,[1]) so daß mir in der Ansicht des Reichsgerichts eine Verkennung dessen zu liegen scheint, was der Gesetzgeber bei und durch den Erlaß der genannten Vorschriften berücksichtigt wissen wollte.

Nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes muß eine Vereinbarung zwischen Prinzipal und seinem Handlungsgehilfen vorliegen, wenn dieselbe von der Regelung durch die §§ 74, 75 getroffen werden soll.

Demgemäß finden die Bestimmungen der genannten Paragraphen auf die der Gewerbeordnung unterstellten Angestellten im Sinne des § 133a GewO., also z. B. auf Chemiker, Techniker, gewerbliche Arbeiter keine Anwendung. Für die rechtliche Beurteilung der mit solchen Angestellten vereinbarten Konkurrenzklauseln kommt der § 133f. GewO. in Betracht.[2]) Auch eine Anwendung der Bestimmungen der §§ 74, 75 auf zwischen selbständigen Kaufleuten vereinbarte Konkurrenzverbote ist ausgeschlossen, schon aus dem Grunde, weil die für die Schaffung der Vorschriften der §§ 74, 75 maßgebenden Rücksichten auf die Rechtsverhältnisse zwischen selbständigen Kaufleuten in der Regel nicht zutreffen.[3]) Ebenso finden in dem Falle, daß jemandem zugleich

---

[1]) s. Wolff in DJZ. 1908 Nr. 20 S. 1128; a. A. ohne Begründung Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 3 S. 459.

[2]) s. OLG. Karlsruhe in OLG. Bd. 1 S. 55, Urteil v. 13. 4. 1900; ebenso Lehmann-Ring a. a. O. zu § 74 Nr. 1 S. 179.

[3]) RGE. v. 6. 12. 1902 in Bd. 53 S. 155; RGE. in JurW. 1906 S. 478; OLG. Hamburg in der Leipziger Zeitschr. 1907 S. 755; Staub a. a. O. zu § 74 Einleitung S. 336; Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 3

in seiner Eigenschaft als Gesellschafter einer Gesellschaft m. b. H. im Sinne des Gesetzes v. 20. 4. 1892 und als Geschäftsführer derselben eine Konkurrenzklausel auferlegt wird, die Sondergrundsätze der §§ 74, 75 keine Anwendung.[1]) Das gleiche gilt für die Vereinbarungen zwischen Mitgliedern einer offenen Handelsgesellschaft bezüglich der Verhältnisse nach Auflösung der Gesellschaft, für Konkurrenzklauseln, die in Verträgen mit Mitgliedern des Vorstandes einer Aktiengesellschaft vereinbart worden sind.[2])

Für diese Fälle der Nichtanwendung der §§ 74, 75 HGB. werden die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, insbesondere die §§ 138, 226 BGB. zu berücksichtigen sein.[3]) Jedoch können hierbei die Normen der §§ 74, 75 verwendet werden für die Beurteilung der Rechtsverbindlichkeit solcher Klauseln hinsichtlich der darin getroffenen Grenzfestsetzungen, soweit sie allgemeiner Natur sind und ihr Grund nicht in den besonderen wirtschaftlichen Verhältnissen der Handlungsgehilfen zu suchen ist.[4])

Endlich sei noch erwähnt, daß auch alle Konkurrenzenthaltungsverträge, die ein Nichtkaufmann im Sinne der §§ 2 oder 3 Abs. 2 HGB. mit seinem Gehilfen schließt, sofern er nicht im Handelsregister eingetragen ist, von der Regelung durch die §§ 74, 75 ausgeschlossen sind. Sobald dagegen der Gewerbetreibende die Eintragung seiner Firma, sei es freiwillig oder gezwungen, bewirkt, werden diese letztgenannten Verträge den Vorschriften der §§ 74, 75 unterworfen sein.[5])

S. 459. Ferner dürfen die §§ 74, 75 als jus singulare schon gemäß Dig. l. 14 I, 3 nicht analog angewendet werden; a. A. RGE. v. 22. 3. 1901 II. Zivils. in JurW. 1901 S. 333.

[1]) s. OLG. Frankfurt v. 22. 3. 1907 im Recht Bd. 11 (1907) S. 1273 Nr. 3206; RGE. v. 28. 8. 1901 in JurW. 1901 S. 725; RGE. v. 6. 12. 1902 I. Zivils. in Bd. 53 S. 155; RGE. in Leipz. Z. 1908 S. 297.

[2]) s. Goldmann a. a. O. zu § 74 Anm. 1 S. 357; ROHG. in ROHG. Bd. 19 S. 62.

[3]) s. Makower a. a. O. zu § 74, 1 b S. 226; Litthauer-Mosse a. a. O. zu § 74 Nr. 9 S. 92.

[4]) OLG. Hamburg in der Leipziger Zeitschr. 1907 S. 755.

[5]) Reinshagen a. a. O. S. 18; Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 3 S. 479; Makower a. a. O. zu § 74, 1 b S. 226.

Lebhaft umstritten ist die Frage, ob die Normen der §§ 74, 75 auf den kaufmännischen Volontär Anwendung finden oder nicht. Vorweg ist hier zu bemerken, daß es sich nur um die sogen. reinen Volontäre handeln kann, d. h. um solche, die für ihre Dienstleistungen keinerlei vertragsmäßige Vergütungen erhalten. Aus diesem Grunde ist ein Volontär im eigentlichen Sinne nicht als Handlungsgehilfe zu betrachten, und als Handlungslehrling kann er deswegen nicht gelten, weil ihm die Absicht, die für einen Handlungsgehilfen erforderlichen Fähigkeiten zu erwerben, um später selbst ein solcher zu werden, regelmäßig fehlt.[1]) Staub[2]) und Düringer-Hachenburg[3]) vertreten sogar die Ansicht, daß die Volontäre bezüglich der mit ihnen vereinbarten Konkurrenzklauseln den gleichen Vorschriften unterworfen seien wie die Handlungsgehilfen.

Zur Begründung seiner Ansicht führt Staub[4]) aus, es gehöre zum Begriffe des Volontärs, daß er freiwillig die Pflichten eines Handlungsgehilfen übernehme, und deswegen müssen ihm auch alle Rechte eines Handlungsgehilfen (außer dem Rechte auf Vergütung) gewährt werden. Düringer-Hachenburg[5]) bejaht die Anwendung der §§ 74, 75 für die mit Volontären geschlossene Konkurrenzklauseln, weil die Gründe, die den Gesetzgeber zur Aufstellung der in Rede stehenden Vorschriften veranlaßt und auch zur Annahme derselben durch die gesetzgebenden Faktoren geführt hätten, sowohl für den bezahlten Arbeiter als auch für den „unbezahlten Arbeiter" Geltung hätten.

Dieser Ansicht und ihrer Begründung durch den eben genannten Schriftsteller vermag ich mich nicht anzuschließen. Denn die Gründe, die für die Aufstellung und Annahme der genannten Paragraphen maßgebend waren, nämlich dem wirtschaftlich schwachen Handlungsgehilfen gegen eine unbillige Erschwerung seines Fort-

---

[1]) vgl. KfmG. München v. 13. 10. 1906 im GewG. Bd. 12 (1907) S. 64.

[2]) Staub a. a. O. zu § 59 Anm. 10 S. 274.

[3]) Düringer-Hachenburg a. a. O. Vorbem. zu Abschn. 4 HGB. S. 390; Tiedemann a. a. O. S. 82/83 vertritt auch die Ansicht Staubs.

[4]) Staub a. a. O. S. 274; derselben Ansicht Pisko in der Allgemeinen Österreichischen Gerichtszeitung 51. Jahrg. 1900 Nr. 39 S. 301.

[5]) Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 390.

kommens Schutz zu gewähren, treffen m. E. beim kaufmännischen Volontär in der Regel nicht zu. Wenn jemand monatelang, ein Jahr und noch längere Zeit ohne Entgelt zu arbeiten in der Lage ist, wenn man ferner berücksichtigt, daß es sich bei der Anstellung eines Volontärs auf seiten des Prinzipals weniger um die Übernahme einer Verpflichtung, als vielmehr um einen Akt der Gefälligkeit handelt,[1]) der zudem noch bewirkt, daß der Volontär einen besseren Einblick in das Geschäft oder Gewerbe seines Prinzipals erhält, so kommt man zu dem Ergebnis: Das spätere Fortkommen des Volontärs ist gesicherter als das des „notorisch kapitallosen“ [2]) Handlungsgehilfen und bedarf nicht des Schutzes, der in den Normen der §§ 74, 75 diesem letzteren zur Erleichterung seines wirtschaftlichen Fortkommens und zum Schutze seiner schwachen wirtschaftlichen Lage gewährt worden ist. Hierzu kommt noch, daß die Schädigung, die dem Prinzipal aus der Konkurrenztätigkeit eines früher bei ihm tätig gewesenen Volontärs erwachsen kann, eine viel größere und gefährlichere als die seines früheren Handlungsgehilfen sein wird. In dem Volontär wird ihm ein kapitalkräftiger Konkurrent erwachsen, der vermöge seiner wirtschaftlichen Hilfsmittel die bei seinem früheren Prinzipal erworbenen Geschäftskenntnisse und -erfahrungen in größerem Maßstabe und darum mit um so größerer Wirksamkeit als ein „kapitalloser“ Handlungsgehilfe zur Entfaltung seiner Konkurrenztätigkeit verwenden wird.

Nach alledem können beim Volontär die Grundsätze der §§ 74, 75 nicht anwendbar sein, selbst nicht im Wege der Analogie.[3])

Ist einerseits unzweifelhaft, daß die Vereinbarung getroffen sein muß für die Zeit *nach* Beendigung des Dienstverhältnisses, so herrscht andererseits wiederum in der Literatur Streit bezüglich der Entscheidung der Frage, wann die Wirksamkeit der Konkurrenzklausel beginnt, ob mit der tatsächlichen oder mit der rechtlichen Beendigung des Dienstverhältnisses. Düringer-

[1]) Horrwitz a. a. O. S. 26.

[2]) Baron in DJZ. 1897 S. 250.

[3]) Zustimmend s. Lehmann-Ring a. a. O. zu § 59 Nr. 3 S. 151; Goldmann a. a. O. zu § 59 Anm. 1 S. 276; Horrwitz a. a. O. S. 26; Fromm a. a. O. S. 45.

Hachenburg[1]) vertritt die Ansicht, daß unter der „Beendigung" die tatsächliche zu verstehen sei, während Staub[2]) die Wirksamkeit der Konkurrenzklausel erst mit der rechtlichen Beendigung des Dienstverhältnisses beginnen läßt. Ich schließe mich der Ansicht Staubs an aus folgender Erwägung: Würde man Düringer-Hachenburg beipflichten, so müßte man dem Handlungsgehilfen erlauben, die Dauer der Wirkung seiner ihm auferlegten Konkurrenzklausel ohne weiteres dadurch abzukürzen, daß er ohne rechtlichen Grund das Dienstverhältnis auflöst und so unter Umständen durch seine einseitige, unvorhersehbare Maßnahme dem Prinzipal, der sich auf ein späteres Auftreten der Konkurrenz rüstet und auf den verfrühten Beginn der Geltung der Konkurrenzklausel nicht vorbereitet ist, empfindlichen Schaden zufügt.

Im Gegensatze zu den für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses vereinbarten Konkurrenzklauseln stehen die gesetzlichen Konkurrenzverbote des § 60 HGB., demgemäß es den Handlungsgehilfen für die Dauer des Dienstverhältnisses verwehrt ist, ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe zu betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen.

Außerdem ist ihm durch den § 17 des am 1. 10. 1909 in Kraft getretenen neuen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7. 6. 1909[3]) verboten die unbefugte Verwertung oder Mitteilung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, an andere zu Zwecken des Wettbewerbes. Der § 17 lautet:

„Mit Gefängnis bis zu einem Jahre und mit einer Geldstrafe bis zu fünftausend Mark oder mit einer dieser Strafen wird bestraft, wer als Angestellter, Arbeiter oder Lehrling eines Geschäftsbetriebes Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die ihm

---

[1]) Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 4 S. 460; derselben Ansicht Dernburg a. a. O. Bd. 2 § 310 III.

[2]) Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 3 Abs. 2 S. 337, zu § 60 Anm. 2 S. 290.

[3]) s. RGBl. Nr. 31 Jahrg. 1909 S. 499 und vgl. hierzu den § 9 des am 1. 10. 1909 außer Kraft getretenen Reichsgesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes v. 27. 5. 1896, der im wesentlichen dem § 17 des obengenannten Gesetzes v. 7. 6. 1909 entspricht.

vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an andere zu Zwecken des Wettbewerbs oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebes Schaden zuzufügen, mitteilt. Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, deren Kenntnis er durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende eigene Handlung erlangt hat, zu Zwecken des Wettbewerbes unbefugt verwertet oder an andere mitteilt.

§ 18 d. Ges. v. 7. 6. 1909 ist neu; er lautet:

„Mit Gefängnis bis zu einem Jahre und mit Geldstrafe bis zu 5000 Mk. oder mit einer dieser Strafen wird bestraft, wer die ihm im geschäftlichen Verkehr anvertrauten Vorlagen oder Vorschriften technischer Art, insbesondere Zeichnungen, Modelle, Schablonen, Schnitte, Rezepte, zu Zwecken des Wettbewerbes unbefugt verwertet oder an andere mitteilt".

Während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses ist der Prinzipal also gegen Verrat und unbefugte Verwertung seiner Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse hinreichend geschützt, zumal der § 20 des neuen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb diesen Schutz noch erheblich verstärkt. In Gemäßheit dieses letztgenannten Paragraphen wird derjenige, der zu Zwecken des Wettbewerbes es unternimmt, einen anderen zu einer Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften der genannten §§ 17 Abs. 1, 18 zu bestimmen, mit Gefängnis bis zu neun Monaten und mit Geldstrafe bis zu 2000 Mk. oder mit einer dieser Strafen bestraft. Nach Auflösung ist demnach dem Handlungsgehilfen eine Verwertung von Geheimnissen im Sinne der §§ 17, 18 an und für sich gestattet, es sei denn, daß er sich dieselben durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende Handlungsweise angeeignet hat (§ 17 Abs. 2 d. Ges. v. 7. 6. 1909).[1])

Welchen Inhalt die Beschränkungen der gewerblichen Tätigkeit des Handlungsgehilfen haben sollen, um den Regeln der §§ 74, 75 unterworfen zu sein, läßt sich aus dem Gesetze nicht

[1]) vgl. hierzu Fuld im Recht 12. Jahrg. 1908 Nr. 4 S. 161: „Zur Frage der Konkurrenzklausel".

entnehmen. Allerdings sollte nach Anträgen, die in dem Kommissionsbericht über den Entwurf eines Handelsgesetzbuches verzeichnet sind,[1]) nur folgende Beschränkung durch eine Konkurrenzklausel vereinbart werden dürfen: „Es darf nur der Eintritt in ein Geschäft gleicher Art (Branche) oder die Begründung eines Geschäfts gleicher Art (Branche) innerhalb der Entfernung von einem Kilometer von der Betriebsstätte des vertragschließenden Geschäftsinhabers aus versagt werden". Indessen diese enge Fassung des Begriffes „Beschränkung" wurde fallen gelassen. Daher wird man hierunter jede Beschränkung, die geeignet ist, das Fortkommen des Handlungsgehilfen unbillig zu erschweren, zu verstehen haben. Bei der Vielseitigkeit der Formen, in denen sich das handelsgewerbliche und -geschäftliche Leben abspielt, sind solche Beschränkungen in der verschiedensten Art und Weise denkbar, wie insbesondere aus Urteilen, welche hinsichtlich der Streitigkeiten betreffend die Konkurrenzklauseln ergehen, zu ersehen ist. Als Beispiele mögen folgende Vereinbarungen dienen:

„Der Handlungsgehilfe verpflichtet sich, während dreier Jahre nach dem Austritt aus dem Geschäft des Prinzipals in kein Konkurrenzgeschäft am Sitze dieses Geschäftes einzutreten, weder als Angestellter oder Teilhaber, oder ein Konkurrenzgeschäft zu gründen".[2])

Eine andere Konkurrenzklausel lautet: „Sie haben sich zu verpflichten, innerhalb drei Jahren nach Austritt aus Ihrer Stellung weder in ein Konkurrenzgeschäft einzutreten noch für ein solches oder für eigene Rechnung die von uns besuchten Bezirke zu bereisen".[3])

„Herr X verpflichtet sich seinem zu München wohnenden Prinzipal gegenüber, für den Fall der Beendigung des Dienstverhältnisses innerhalb zwölf Monaten nach Beendigung desselben weder in München noch in Ober- und Niederbayern, Schwaben und Neuburg in ein Handelsunternehmen, das alle oder nur einzelne

[1]) s. Hahn-Mugdan a. a. O. S. 564 zu § 73; Kommissionsbericht S. 38.

[2]) s. Urteil des LG. Braunschweig v. 24. 9. 1906 in Gew.-u.KfmG. 13. Jahrg. Nr. 11 S. 323.

[3]) s. Urteil des KfmG. Magdeburg v. 29. 11. 1906 in Gew.-u.KfmG. 13. Jahrg. Nr. 11 S. 304.

Artikel des Geschäftes des Prinzipals führt, einzutreten, sei es als Handlungsgehilfe oder als Inhaber oder in irgendeiner anderen Beteiligungsform."[1])

Eine weitere Beschränkung ist beispielsweise auch die Übernahme der Verpflichtung seitens des Gehilfen, „die ihm vermöge seines Dienstverhältnisses anvertrauten oder sonst zugänglich gewordenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nach Beendigung des Dienstverhältnisses geheimzuhalten oder sie zum Zwecke des Wettbewerbes nicht zu verwerten".

Makower[2]) behauptet zwar, eine Vereinbarung dieses letzten Inhaltes würde von der Regelung der §§ 74, 75 nicht getroffen, weil in diesem Falle der Handlungsgehilfe bei späterer Benutzung der Geheimnisse seinem Geschäftsherrn einen Teil von dessen Kapital entwendete und deshalb lediglich nach Maßgabe des Gesetzes wider den unlauteren Wettbewerb zur Verantwortung gezogen werden könne. Seiner Ansicht ist m. E. nicht zuzustimmen, da der Angestellte ebenfalls durch die Übernahme einer sogen. Schweigepflicht in seinem Fortkommen gehemmt werden kann; ihm kann durch derartige Verpflichtungen die Erlangung einer neuen Stelle oder die Gründung einer selbständigen Existenz sehr erschwert werden. Alsdann liegt darin eine Beschränkung des Handlungsgehilfen in seiner gewerblichen Tätigkeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses, d. h. nach der Legaldefinition im § 74 liegt eine Konkurrenzklausel vor, die der Regelung durch die §§ 74, 75 HGB. unterstellt ist.[3]) Auch die Äußerung des Abgeordneten Bassermann,[4]) daß er überhaupt nur da eine Konkurrenzklausel für berechtigt halte, wo Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse zu schützen seien, spricht m. E. dafür, daß der Gesetz-

[1]) s. Urteil des KfmG. München v. 14. 12. 1907 in Gew.-u.KfmG. 13. Jahrg. Nr. 11 S. 299.

[2]) s. Makower a. a. O. zu § 74 Anm. 1 d S. 227; Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 17—21 S. 464—466; Goldmann a. a. O. zu § 74 Anm. 1, III S. 360 (einschränkend, wenn — „was denkbar ist — in einer solchen Vereinbarung kein verstecktes Konkurrenzverbot liegt").

[3]) s. Ritter in DJZ. 7. Jahrg. Nr. 15 S. 350; Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 2 S. 337; Reinshagen S. 19—21; Fuld a. a. O. S. 93; Kohler a. a. O. S. 74; Steiner und Lehmann-Ring berühren die Frage nicht.

[4]) Hahn-Mugdan a. a. O. S. 503 letzter Absatz.

geber daran gedacht hat, auch solche Vereinbarungen innerhalb der durch die §§ 74, 75 HGB. gezogenen Grenzen zu stellen, zumal gegenteilige Meinungen sich weder in den Berichten über die Kommissionsverhandlungen bezüglich der genannten Paragraphen befinden noch bei Besprechung derselben im Plenum des Reichstages zum Vorschein gekommen sind. Endlich steht auch das Reichsgericht auf dem hier vertretenen Standpunkte. Es erklärt in einem diesbezüglichen Urteile v. 24. 2. 1903: „Eine dem Handlungsgehilfen für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit unzulässige Beschränkung kann auch dann angenommen werden, wenn dem Handlungsgehilfen durch die ihm auferlegte Verpflichtung zur Geheimhaltung von Fabrikationsgeheimnissen seines bisherigen Prinzipals die Erlangung einer anderen Stellung oder die Gründung einer selbständigen Stellung wesentlich erschwert wird".[1])

Die in der Konkurrenzklausel vom Handlungsgehilfen übernommene Verpflichtung kann also, wie vorhin dargelegt wurde, den mannigfaltigsten Inhalt haben, und zwar wird meistens eine Beschränkung des Fortkommens nach Zeit, Ort und Gegenstand vorliegen. Dem Handlungsgehilfen kann verwehrt sein die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit innerhalb eines bestimmten Zeitraumes oder innerhalb eines räumlichen Bezirkes, oder es wird ihm eine Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit in einem bestimmten Geschäftszweige, sei es im ganzen oder nur bezüglich einzelner Artikel, auferlegt. In letzterem Falle liegt eine gegenständliche Beschränkung, und hierzu gehört außerdem noch ein Verbot hinsichtlich der Art der künftigen Beschäftigung, ob es dem Handlungsgehilfen verwehrt wird, als Angestellter, als selbständiger Leiter oder als Agent in einer Branche tätig zu sein.[2])

Nach alledem ist die Definition des Gesetzes, welches von einer Beschränkung nach „Ort, Zeit und Gegenstand" redet, in den meisten Fällen als zutreffend zu erachten.

---

[1]) RGE. im Recht Jahrg. 1903 S. 218, bei Gruchot Bd. 47 S. 79; RGE. v. 6. 12. 1899 in JurW. 1900 S. 75 Anm. 13.

[2]) s. Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 11 S. 462.

§ 2.

Die Grenzen der Verbindlichkeit der Konkurrenzklausel. Das richterliche Ermäßigungsrecht.

Das Gesetz erklärt in § 74 HGB. die Konkurrenzklauseln grundsätzlich für verbindlich. Voraussetzungen der Verbindlichkeit sind indessen:

1. Die Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit darf nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreiten, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens der Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird. Eine Erstreckung der Klausel über drei Jahre ist überhaupt unzulässig.

2. Die Vereinbarung darf nicht mit einem minderjährigen Handlungsgehilfen getroffen worden sein; sie ist nichtig, wenn der Handlungsgehilfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist.

Diese Voraussetzungen, von deren Erfüllung das geltende Recht die Verbindlichkeit der Konkurrenzklausel abhängig macht, sind Neuerungen gegenüber dem früheren Rechte. Vor dem Inkrafttreten des Abschn. 6 des Buches 1 des neuen Handelsgesetzbuchs v. 10. 5. 1897 legte die damalige Rechtsprechung der Verbindlichkeit der gesetzlich noch nicht geregelten Konkurrenzklauseln die Forderung zugrunde, daß sie sich nicht „als eine gegen die Sittlichkeit und öffentliche Ordnung verstoßende Beseitigung der Freiheit wirtschaftlicher Selbstbetätigung darstellten".[1])

Unter Berücksichtigung dieser Forderung war „eine Schranke für die Zulässigkeit der Konkurrenzklausel, wie das Reichsgericht in einer Entscheidung v. 19. 4. 1893[2]) ausführt, lediglich dahin gezogen, daß durch solche Vereinbarung die Erwerbsfreiheit nur beschränkt, nicht aber für immer, im ganzen oder in einzelnen Richtungen, vernichtet werden dürfe". Demgemäß wurden vertragsmäßige Konkurrenzverbote ohne jede Beschränkung und Begrenzung nach Zeit und Ort für unzulässig, und zwar ihrem

[1]) s. Hahn-Mugdan a. a. O. S. 241.

[2]) RGE. in Bd. 51 S. 99, 100; zustimmend Goldmann a. a. O. zu § 74 Anm. 1 S. 358; ebenso Lehmann-Ring a. a. O. zu § 74 Nr. 1 Abs. 2 S. 179.

ganzen Inhalte nach für unwirksam erachtet. Nach früherem Rechte war eine Konkurrenzklausel entweder gültig oder nichtig.[1] Dem Richter lag nur die Auslegung und die Beurteilung des einzelnen Vertrages bezüglich dessen Gültigkeit oder Nichtigkeit ob, er vermochte nicht, wie es ihm nach jetzt geltendem Rechte, wie später noch zu zeigen ist, ermöglicht ist, eine unbillige Klausel nach freiem Ermessen so zu beschränken, wie sie gültig hätte abgeschlossen werden können.[2] Es war unzulässig, den wegen Übermäßigkeit des Verbotes nichtigen Vertrag durch Anwendung des richterlichen Ermessens beschränkt aufrechtzuerhalten.[3]

Dieses war insbesondere vom volkswirtschaftlichen und sozialpolitischen Standpunkte aus sehr bedauerlich. Entweder wurde das Interesse des Prinzipals durch Aufrechterhaltung der Klausel in übermäßiger Weise gewahrt oder es wurde die Vertragsstellung des Handlungsgehilfen durch Nichtigkeitserklärung zu sehr begünstigt. Von einem gegenseitigen Abwägen der Interessen beider war nicht die Rede.

Im Gegensatze zu den soeben dargelegten Grundsätzen des früheren Rechtes ist durch die Gestaltung der Vorschriften über die Konkurrenzklausel in den §§ 74, 75 eine systematische und zugleich erheblich bessere Regelung der Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen erfolgt. Die Vorschriften des § 74 erklären nicht nur in dem Falle, wenn die Konkurrenzklausel die Vernichtung der gewerblichen Freiheit des Handlungsgehilfen zur Folge haben könnte, dieselbe für unverbindlich, sondern schon dann, wenn dieselbe eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen herbeiführt, mit der Einschränkung jedoch, daß sie die Konkurrenzklausel nicht ihrem ganzen Inhalte nach, sondern nur *insoweit für unverbindlich erklären, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird.*[4]

[1] RGE. Bd. 31 S. 99, 100.

[2] s. RG. III. Zivils. v. 18. 12. 1903 bei Gruchot S. 369; RG. in JurW. 1901 Nr. 20 S. 725.

[3] s. Makower a. a. O. zu § 74 IV b u. c S. 229.

[4] s. Goldmann a. a. O. zu § 74 Anm. 1 S. 358.

Falls demnach bei einer Vereinbarung die fraglichen Grenzen überschritten werden, wird diese Vereinbarung regelmäßig nur hinsichtlich des Übermaßes, nicht vollständig unverbindlich sein. Heute hat der Richter die Befugnis, den Umfang einer unbilligen Konkurrenzklausel auf ein einträgliches Maß herabzusetzen, mit der Wirkung, daß die Klausel dann als von Anfang an in diesem Maße vereinbart gilt.[1])

Dies ergibt sich aus der Begründung zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches als Wille des Gesetzgebers,[2]) und ebenso spricht der Umstand, daß in dem Kommissionsberichte des Reichstages zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches folgendes niedergelegt ist: „Als die einstimmige Ansicht der Kommission wurde im Laufe der Debatte festgestellt, daß eine zu weitgehende Vertragsbestimmung nach dem Sinne der Vorlage nicht den ganzen Vertrag nichtig mache, sondern nur die Einschränkung herbeiführe",[3]) für die oben dargestellte Auffassung des sogen. richterlichen Ermäßigungsrechtes. Auch die Literatur[4]) vertritt im allgemeinen den dargelegten Standpunkt. Nur Fuld[5]) ist abweichender Ansicht, indem er einer Konkurrenzklausel, auch wenn sie nur nach einer Richtung hin eine unbillige Erschwerung des Fortkommens enthalte, ihrem ganzen Inhalte nach die Wirkung versagt haben will. Zur Widerlegung dieser Auffassung, welche überdies in der Rechtsprechung nicht vertreten ist, genügt es wohl, auf den vorhin erwähnten Kommissionsbericht sowie auf den klaren Wortlaut des Gesetzes hinzuweisen, demgemäß eine Klausel „nur insoweit verbindlich ist, als ... usw.".

---

[1]) s. LG. Frankfurt a. M. in Gew.-u.KfmG. 13. Jahrg. S. 133; ebenso Tiedemann a. a. O. S. 88.

[2]) Hahn-Mugdan a. a. O. S. 242.

[3]) Hahn-Mugdan a. a. O. S. 566.

[4]) Steiner a. a. O. S. 27; Reinshagen a. a. O. S. 26; Horrwitz a. a. O. S. 152; Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 5 IV, 1 S. 460; Lehmann-Ring a. a. O. zu § 74 Nr. 5 S. 180; Goldmann a. a. O. zu § 74 Anm. 1 S. 358; Makower zu § 74 III S. 228; Ritter in DJZ. 7. Jahrg. S. 353; Gareis in DJZ. Jahrg. 1908 Nr. 1 S. 46; Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 5 S. 337.

[5]) Fuld a. a. O. S. 94ff.

Im Anschlusse hieran ist in der Literatur ein lebhafter Streit darüber entstanden, ob der Richter je nach der Sachlage trotz des ihm zustehenden Ermäßigungsrechtes berechtigt sei, die Klausel für unbillig und deswegen als gegen die guten Sitten verstoßend in vollem Umfange für unverbindlich zu erklären, und ob insbesondere der § 138 BGB. neben den §§ 74, 75 HGB. Berücksichtigung finden dürfe oder nicht. Diese Frage ist mit Staub,[1] Düringer-Hachenburg,[2] Gareis[3] gegen Steiner,[4] Lehmann-Ring,[5] Makower,[6] Tiedemann[7] zu bejahen. Es spricht eine Stelle im Kommissionsberichte zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches[8] im Anschlusse an einen Satz bezüglich des richterlichen Ermäßigungsrechtes ausdrücklich aus: „Als die einstimmige Ansicht der Kommission wurde im Laufe der Debatte festgestellt, daß selbstverständlich der Richter je nach der Sachlage auch in der Lage sein könne, die ganze Klausel für ungültig, weil unbillig, zu erklären". Gegenüber dieser ausdrücklichen Willensäußerung der Kommission, die außerdem im Laufe der Verhandlungen über die hier fragliche Sache unwidersprochen geblieben ist, ist m. E. der von Makower[9] erhobene Einwand, daß im Gesetze die Fälle der Nichtigkeit der Konkurrenzklausel ausdrücklich hervorgehoben seien und demnach die Spezialvorschriften der §§ 74, 75 als leges speciales dem § 138 BGB. vorgingen, nicht durchschlagend. Vielmehr ist anzunehmen, daß ein Ausschluß des § 138 BGB. gegenüber den §§ 74, 75 HGB. vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt worden ist, so daß der Handlungsgehilfe beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 138 BGB. in erster Reihe Nichtigkeit

---

[1] Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 5 S. 337, 338.

[2] Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 5 S. 460.

[3] Gareis in DJZ. Jahrg. 1908 S. 46; ebenso Reinshagen a. a. O. S. 26; Fuld a. a. O. S. 94; Litthauer-Mosse a. a. O. S. 92.

[4] Steiner a. a. O. S. 27.

[5] Lehmann-Ring a. a. O. zu § 74 Nr. 5 S. 180.

[6] Makower a. a. O. zu § 74 III S. 228.

[7] Tiedemann a. a. O. S. 89.

[8] Hahn-Mugdan a. a. O. S. 566.

[9] Makower a. a. O. zu § 74 III S. 228.

der Klausel behaupten, in zweiter Linie Ermäßigung begehren kann.[1])

Die Rechtsprechung vertritt den hier vertretenen Standpunkt. So lautet ein Urteil des Kaufmannsgerichtes Frankfurt a. M. v. 16. 8. 1907 und das des Landgerichtes in derselben Sache v. 5. 11. 1907 dahin: „Das Gericht ist nicht verpflichtet, den Umfang einer unbilligen Konkurrenzklausel auf ein einträgliches Maß herabzusetzen, sondern ist berechtigt, die ganze Abmachung als gegen die guten Sitten verstoßend gemäß § 138 BGB. für nichtig zu erklären".[2])

Wir haben gesehen, daß die Gültigkeit der Konkurrenzklausel vorzugsweise davon abhängig sein soll, daß eine „unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen" sein muß. Zur Beurteilung der Frage, ob eine „unbillige Erschwerung" vorliege, ist zunächst zu bemerken, daß man hierbei nicht von einem Ideale der Billigkeit auszugehen hat und die subjektive Ansicht des Richters darüber, was als „unbillige Erschwerung" sich darstelle, nicht maßgebend sein darf. Vielmehr dürften wohl eher die Anschauungen der Kreise, in denen die Konkurrenzklauseln vorzukommen pflegen, zu berücksichtigen sein, wobei indessen wiederum zu beachten ist, daß sich Gepflogenheiten bei der Vereinbarung von Konkurrenzklauseln sowohl je in einem Kreise der Prinzipale wie in einem Kreise der Handlungsgehilfen bilden können, die mit der Anschauung der Gesamtheit der Vertragsparteien nicht in Einklang zu bringen sind und deswegen keine Beachtung verdienen.

Mit diesen allgemeinen Gesichtspunkten ist für die Beantwortung der in Rede stehenden Frage noch nicht viel gewonnen. Die Hauptschwierigkeit beginnt bei der Beurteilung des Einzelfalles, zumal jede Beschränkung der gewerblichen Freiheit, d. h. jede Konkurrenzklausel, eine gewisse Erschwerung des Fortkommens bedeutet. Um nun eine Feststellung treffen zu können, wann im

---

[1]) s. Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 5 IV S. 460; zustimmend v. Schulz in Gew.-u.KfmG. 12. Jahrg. 1907 Nr. 7 S. 145–150.

[2]) s. Gew.-u.KfmG. 13. Jahrg. S. 133; zustimmend OLG. Darmstadt v. 23. 7. 1905 in OLG. Bd. 11 S. 383 und neuerdings KfmG. Krefeld v. 3. 1. 1908 in Gew.-u.KfmG. 13. Jahrg. 1908 S. 307.

Einzelfalle eine Überschreitung der zulässigen Grenzen vorliegt und sich als unbillige Erschwerung darstellt, kommt es, abgesehen von den vorhin erörterten allgemeinen Richtlinien, weiter darauf an, den wirtschaftlichen und sozialen Hintergrund zu erkennen, auf dem der einzelne Fall der Konkurrenzklausel vorgekommen ist. Dieser Hintergrund wird z. B. für einen Bezirk mit vorwiegend landwirtschaftlicher Bevölkerung ein anderer sein als für einen mit industrieller Bevölkerung, abweichen wird er bei einem Hafen- und Weltstadtbezirk von dem bei einem Binnen- und Kleinstadtbezirke. Die Motive, aus welchen die Vereinbarung der Konkurrenzklausel entsprang, und der Zweck, zu dem sie getroffen wurde, müssen auch schon im Hinblick auf das Schikaneverbot des § 226 BGB. berücksichtigt werden.[1])

Denn diese vorgenannten Momente sind es vorzugsweise, die für die Entscheidung einer unbilligen Erschwerung des Fortkommens in Erwägung zu ziehen sind, da dieselbe Klausel je nach den Umständen des Falles eine angemessene Erschwerung und dann zulässig oder eine unbillige und dann unzulässig ist. Daß diese Gesichtspunkte der Richter im allgemeinen bei der Ausübung seines Ermäßigungsrechtes zu berücksichtigen hat, hebt auch die Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches hervor.[2]) Sie bemerkt auf S. 64: „Daß bei der Beurteilung der Frage, ob eine Konkurrenzbeschränkung die Grenzen der Billigkeit überschreitet, auch die Verhältnisse und Bedürfnisse des von dem Prinzipal betriebenen Geschäftes zu berücksichtigen sind, versteht sich von selbst und braucht nicht besonders im Gesetzbuche ausgesprochen zu werden. Die Feststellung, in welchem Umfange ein berechtigtes Interesse des Prinzipals an der dem Gehilfen auferlegten Beschränkung besteht, bildet naturgemäß eine der wesentlichsten Grundlagen für gerichtliche Entscheidung. Wo ein solches Interesse überhaupt nicht anzuerkennen ist, wird regelmäßig jede Beschränkung des Gehilfen als eine Unbilligkeit erscheinen. Andererseits kann die Höhe des von dem Gehilfen während des Dienstverhältnisses bezogenen Gehalts oder der Betrag einer ihm für die Beschrän-

---

[1]) s. Gareis in DJZ. 13. Jahrg. 1908 Nr. 1 S. 46.
[2]) s. Hahn-Mugdan a. a. O. S. 242.

kung seiner späteren Tätigkeit etwa gewährten besonderen Vergütung von Erheblichkeit sein. Denn bei der Beurteilung der Frage, ob sich der Umfang der vereinbarten Konkurrenzbeschränkung mit der Billigkeit verträgt, ist auch in Betracht zu ziehen, ob etwa die besonderen Vorteile, die der Gehilfe aus dem Dienstverhältnisse gezogen hat, zugleich als eine ausreichende Entschädigung für die ihm auferlegte Beschränkung anzusehen sind".[1])

Darnach wird, wie Fuld zutreffend bemerkt, der Richter mehr nach durch Billigkeitsrücksichten beherrschten Erwägungen als nach rechtlichen Gesichtspunkten zu urteilen haben,[2]) eine Aufgabe, die nicht unerfüllbar ist,[3]) da sie infolge der Einführung der Kaufmannsgerichte laut § 5 Ziff. 6 des Gesetzes betr. die Kaufmannsgerichte v. 6. 7. 1904[4]) von einem Gerichte ausgeführt wird, welches durch seine Zusammensetzung aus je einem Vertreter der Prinzipale je einem Vertreter des Handlungsgehilfenstandes und einem unabhängigen Vorsitzenden[5]) sowohl dafür Bürgschaft bietet, daß die kaufmännisch-technischen Verhältnisse in zutreffender Weise und mit der erforderlichen Sachkunde Beurteilung finden, wie auch dafür, daß nicht die einseitige Anschauung eines bestimmten Interessentenstandpunktes die Oberhand gewinnt. Die Vertreter der beiden einander gegenüberstehenden Stände können durch die Kenntnis persönlicher und örtlicher Verhältnisse, insbesondere der Ausdrucksweise der Interessentenkreise, sowie auch durch ihre Bekanntschaft mit örtlichen und beruflichen Anschauungen und Gewohnheiten dem Vorsitzenden des Gerichtes als dem Ausschlaggebenden wertvolle Aufklärungen geben, namentlich dann, wenn er Berufsrichter ist. Fuld[6]) meint, das freie richterliche Ermessen

---

[1]) Zustimmend Gareis in DJZ. 13. Jahrg. 1908 Nr. 1 S. 46; Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 6 S. 460.

[2]) Fuld a. a. O. S. 58.

[3]) s. Hahn-Mugdan a. a. O. S. 242.

[4]) s. RGBl. 1904 S. 266; vgl. hierzu RG. III, Urteil v. 19. 11. 1907 im Recht 12. Jahrg. Beil. 2 S. 33 Nr. 185 und OLG. Frankfurt, Urteil v. 19. 2. 1908 im Recht 12. Jahrg. Beil. 2 Nr. 1084.

[5]) s. Gesetz betr. die Kaufmannsgerichte v. 6. 7. 1904 § 11 Abs. 1 Satz 3: „Der Vorsitzende und sein Stellvertreter dürfen weder Kaufleute noch Handlungsgehilfen sein".

[6]) Fuld a. a. O. S. 93 und bei Gruchot Bd. 47 S. 575.

bringe die Gefahr mit sich, daß die Frage, welche Beschränkungen der Erwerbsfreiheit nach § 74 HGB. als unerlaubt gelten und welche verboten sind, in den einzelnen Teilen des Reiches in verschiedener, vielleicht sogar in grundsätzlich verschiedener Weise werde beurteilt werden, und daß infolgedessen bezüglich dieses Punktes eine einheitliche Rechtseinheit trotz der für ganz Deutschland geltenden Vorschrift des § 74 nicht bestehe. Diese „Gefahr" einer ungleichartigen Rechtsprechung ist durch die Einführung der Kaufmannsgerichte und die Bestellung der Landgerichte als Berufungsgerichte letzter Instanz noch vergrößert. Den Bedenken Fulds ist indessen m. E. entgegenzuhalten, daß die Verschiedenheit der wirtschaftlichen Verhältnisse an den einzelnen Orten und in den einzelnen Geschäftszweigen keine einheitliche, vielmehr eine verschiedene, allerdings nicht grundsätzlich verschiedene Beurteilung in den einzelnen Gerichtsbezirken des Reiches fordert. Daß trotz des Mangels einer einheitlichen Rechtsprechung im Einzelfalle die Entscheidung der Gerichte das Richtige getroffen und insbesondere das Interesse der Gehilfenschaft in genügender Weise berücksichtigt hat, dafür legen folgende Äußerungen von Vertretern der Prinzipals- wie der Handlungsgehilfeninteressen Zeugnis ab. Das Korrespondenzblatt der Ältesten der Kaufmannschaft zu Berlin äußerte sich folgendermaßen:

„Die bisher bekannt gewordenen Entscheidungen der Gerichte haben der Billigkeit entsprochen und das Interesse des Gehilfenstandes in wohlwollendster Weise berücksichtigt".[1])

Weber,[2]) der zugunsten der Handlungsgehilfen eine gänzliche Abschaffung der Konkurrenzklausel in Hirths Annalen fordert, muß trotzdem zugeben:

„Die Judikatur der Kaufmannsgerichte zeigt durchweg das Bestreben, den sozialen Geist der Schutzbestimmungen der §§ 74 und 75 in die Tat umzusetzen". Wenn er allerdings hierzu weiter ausführt: „es sind vielmehr die Berufungsgerichte, die Zivilkammern der Landgerichte und vor allem der einseitige Standpunkt unseres obersten Gerichtes, des Reichsgerichtes, durch welche

[1]) s. 30. Jahrg. des genannten Blattes 1907 S. 224.

[2]) Weber in Hirths Annalen des Deutschen Reichs 41. Jahrg. 1908 Nr. 1 S. 53.

die segensreiche Tätigkeit der Kaufmannsgerichte in so vielen Fällen illusorisch gemacht wird", so vermag mich diese letzte ohne nähere Begründung aufgestellte Behauptung von ihrer Richtigkeit nicht zu überzeugen. Wenn man z. B. unbefangen die „Urteile deutscher Kaufmanns- und Berufungsgerichte über die Konkurrenzklausel", welche in der Zeitschrift „Gewerbe- und Kaufmannsgericht"[1]) niedergelegt sind und die Rechtsprechung in den verschiedensten Gegenden zur Darstellung bringen, prüft, so kann man vielmehr behaupten, daß die Rechtsprechung an der Hand der jetzigen Gesetzgebung durchaus nicht unerträglich, wie sie manchmal geschildert wird, daß sie vielmehr volles Verständnis für das sozial Anzustrebende besitzt und dementsprechend auch das jetzige Recht anzuwenden versteht.[2])

Daß die Rechtsprechung der Gerichte eine erträgliche sein konnte, hat m. E. nicht zum wenigsten seinen Grund in der allgemeinen Fassung des § 74 und in dem Umstande, daß das Gesetz selbst der Rechtsprechung zu Hilfe kommt, indem es ihr in Ort, Zeit und Gegenstand Gesichtspunkte angibt, in denen die Grenzen, durch welche eine unbillige Erwerung ausgeschlossen wird, nicht überschritten werden dürfen. Was die Prüfung einer unter Umständen vorhandenen Minderjährigkeit des Handlungsgehilfen anbelangt, die die Konkurrenzklausel gemäß Abs. 3 des § 74 von vornherein richtig und unverbindlich macht, so wird diese in einem späteren Abschnitte besonders erörtert werden.

Der Gesetzgeber hat die Beschränkung der Gültigkeit einer Konkurrenzklausel auf eine Zeitdauer von 3 Jahren festgesetzt, indem er im Abs. 2 des § 74 sagt:

---

[1]) 13. Jahrg. 1908 Nr. 11 S. 299—324, s. insbesondere Urteil des Landgerichtes Hagen v. 5. 7. 1907 S. 314 a. a. O. und das Urteil des Landgerichtes Gießen v. 26. 5. 1906 S. 316, 317 a. a. O. Beide machen „die segensreiche Tätigkeit der Kaufmannsgerichte" nicht illusorisch, reformieren vielmehr zugunsten des Gehilfen das erste Urteil.

[2]) s. Gareis in DJZ. 13. Jahrg. 1908 Nr. 1 S. 46. Derselbe hat achtzig auf die Konkurrenzklausel bezügliche Urteil deutscher Gerichte einer Prüfung unterzogen und stellt auf Grund derselben obige Ansicht auf. A. A. Potthof in Gew.- u. KfmG. 12. Jahrg. 1907 S. 276: „Alle Augenblicke liest man Urteile bezüglich der Konkurrenzklausel, die geradezu unverständlich sind".

„Die Beschränkung kann nicht auf einen Zeitraum von mehr als drei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an beschränkt werden".

Er hat eine absolute Grenze gezogen, nach welcher das freie Ermessen der Gerichte sich zu richten hat, d. h. jede Beschränkung, die für länger als drei Jahre vereinbart ist, ist schlechthin insoweit unverbindlich, sie tritt ipso iure nach Ablauf der 3 Jahre, gerechnet von der rechtlichen Beendigung des Dienstverhältnisses, außer Wirksamkeit.[1]) Diese Regelung bedeutet einen Fortschritt gegenüber dem alten Rechte, demzufolge Konkurrenzklauseln auf längere Zeit,[2]) ja sogar auf Lebenszeit den Handlungsgehilfen verpflichten konnten. Hierzu ist noch zu erwähnen, daß unter den Vorschlägen, welche zu der Regelung im deutschen Handelsgesetzbuch eingebracht worden waren, sich zwei befanden, von denen einer eine zeitliche Beschränkung von einem Jahre, der andere eine von drei Jahren forderte,[3]) während der Regierungsentwurf bezüglich einer zeitlichen Beschränkung nichts enthielt.[4]) Zur Begründung dafür, daß man einen Zeitraum von ein bezw. drei Jahren festsetzen solle, wurde bei beiden Anträgen folgendes ausgeführt. Dem Prinzipal sollte innerhalb der vom Gesetze bestimmten Zeit die Möglichkeit gegeben werden, Vorkehrungen zu treffen, um sich gegen eine empfindliche Konkurrenz zu schützen; es seien auch in drei Jahren die Verbindungen zwischen den Handlungsgehilfen, insbesondere dem Handlungsreisenden und seiner Kundschaft unterbrochen. Wenn auch schon im Kommissionsberichte[5]) über den Entwurf eines Handelsgesetzbuches hervorgehoben wurde, daß alle Anträge, die dem richterlichen Ermessen Schranken setzen wollten, etwas Mechanisches bezweckten, wenn weiter betont wurde, eine Zeitbeschränkung, möge sie nun ein, fünf oder zehn Jahre lauten, habe etwas Willkürliches an sich, so ist es m. E. doch zu begrüßen, daß eine gesetzliche zeitliche Beschränkung vorhanden ist. In erster

---

[1]) s. Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 9 S. 462.

[2]) ROHG. Bd. 16 S. 160: Verbot mit 50jähriger Dauer; ROHG. Bd. 15 S. 164 Verbot mit 20jähriger Dauer.

[3]) s. Hahn-Mugdan S. 564, 565.

[4]) s. Hahn-Mugdan a. a. O. S. 15.

[5]) s. Hahn-Mugdan a. a. O. S. 566.

Reihe schafft dies Klarheit unter den Parteien, welche den Vertrag schließen, und gerade der Kaufmann hat den Wunsch, in jeder Lage bestimmt zu wissen, woran er ist. Dann aber wird einer mißbräuchlichen Anwendung der Konkurrenzklausel durch eine im Gesetze bestimmte Zeitdauer ihrer Zulässigkeit in erheblichem Maße der Boden entzogen.[1]) Der Bestimmung des Abs. 2 des § 74 ist indessen nicht die Bedeutung beizumessen, daß jede Beschränkung auf weniger als drei Jahre sich stets in den Grenzen der Billigkeit halte. Sie kann vielmehr auch bei Beschränkung auf erheblich kürzere Zeitdauer sich als unbillig darstellen; in diesem Falle steht dem Richter kraft seines Ermäßigungsrechtes das Recht zu, die Dauer der Beschränkung innerhalb des Zeitraumes von einem Tage bis zu drei Jahren festzusetzen.[2])

Bezüglich der örtlichen Begrenzung der Klausel sind vom Gesetze keine Schranken gezogen, in dieser Hinsicht herrscht freies richterliches Ermessen. Der räumliche Umfang, das territoriale Gebiet, für das die Beschränkung gelten soll, kann eine Stadt, ein Kreis, eine Provinz, ein Staat, ein Erdteil sein.[3])

Auch hinsichtlich der Konkurrenzbeschränkung in örtlicher Hinsicht war in der Reichstagskommission gelegentlich der Beratung der §§ 74, 75 auf Vorschlag der Kommission für Arbeiterstatistik beantragt worden, eine Maximalgrenze zu zeichnen, und zwar wollte man den Umkreis von 1 km von der Betriebsstätte des Prinzipals aus gerechnet als räumliche Höchstgrenze festsetzen, über die hinaus eine Konkurrenzklausel nicht erstreckt werden könnte.[4]) Diesem Antrage ist indessen nicht stattgegeben worden, und man kann wohl sagen deshalb, weil es sich im § 74 um Vorschriften handelt, für die alle Handlungsgehilfen, mögen sie nun im Großbetrieb oder Kleinhandel beschäftigt sein, gelten sollen und nicht nur für Angestellte in einem Geschäfte mit offenem Laden, für die eine gesetzliche örtliche Höchstgrenze an sich eine gewisse Berechtigung haben mag.[5]) Der Richter ist also an eine

---

[1]) Hahn-Mugdan a. a. O. S. 468 (Roeren).

[2]) s. Steiner a. a. O. S. 26.

[3]) s. Goldmann a. a. O. zu § 74 II S. 359.

[4]) s. Hahn-Mugdan a. a. O. S. 564 u. 241.

[5]) s. Hahn-Mugdan a. a. O. S. 241; Denkschr. S. 63.

absolute Grenze nicht gebunden. Gerade hinsichtlich der räumlichen Ausdehnung werden Kollisionen zwischen den Interessen des Prinzipals und des Handlungsgehilfen häufig vorkommen, da der Prinzipal das Absatzgebiet, das er sich in Betätigung seines Handelsbetriebes erwarb, wie einen wertvollen Besitz betrachtet und in vielen Fällen ein großes Interesse daran hat, daß die Konkurrenzgeschäfte nicht durch Anstellung einer mit den Verhältnissen dieses Absatzgebietes vertrauten Kraft, durch Anstellung seines früheren Handlungsgehilfen gestärkt werden.[1]) Andererseits kann der Handlungsgehilfe, insbesondere ein Reisender, seine Kenntnisse und Fähigkeiten gerade an den Orten am besten betätigen und verwerten, mit deren Verhältnissen er durch den Geschäftsbetrieb des Prinzipals näher bekannt geworden ist. Dies zeigt sich auch darin, daß bei Stellungsgesuchen dasjenige den Vorzug erhält, dessen Absender mit einem bestimmten Kundenkreis und Absatzgebiete besonders vertraut ist.

Im Hinblick auf die im vorliegenden § 74 zugrunde liegende Tendenz des Gesetzgebers, einen Ausgleich zwischen den oben erwähnten schroff einander gegenüberstehenden Interessen herbeizuführen, wird man es regelmäßig als eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen in räumlicher Beziehung anzusehen haben, wenn dem Handlungsgehilfen durch eine vereinbarte Konkurrenzklausel das Vaterland als Ort seiner Tätigkeit verschlossen wird und er infolgedessen gezwungen ist, sein Brot und Fortkommen im Auslande zu suchen.[2])

Dieselben Gesichtspunkte, welche bei der Konkurrenzklausel hinsichtlich der räumlichen Beschränkung maßgebend sein sollen, hat der Richter auch bezüglich einer gegenständlichen Beschränkung des Fortkommens des Handlungsgehilfen durch eine Konkurrenzklausel zu berücksichtigen. Ein Geschäftszweig oder mehrere, auch einzelne Artikel bestimmter Geschäftszweige oder bestimmte Geschäftsgeheimnisse können den Inhalt der gegenständlichen Beschränkung bilden. Es gehören auch Beschränkungen in betreff der

---

[1]) RGE. in Bd. 22 S. 60.

[2]) s. Weber in Hirths Annalen des Deutschen Reichs 41. Jahrg. 1908 Nr. 1 S. 55; ebenso Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 10 S. 462.

Art der künftigen Beschäftigung hierher, insbesondere der Ausschluß der Herstellung gewisser Fabrikate[1]) und das Verbot, als Reisender, Verkäufer in den vom Prinzipal betriebenen Geschäftszweigen tätig zu sein.[2])

Eine unbillige Erschwerung des Fortkommens in gegenständlicher Beziehung wird regelmäßig m. E. ferner dann anzunehmen sein, wenn die Konkurrenzklausel den gesamten erlernten Beruf des Handlungsgehilfen zum Gegenstande hat, wenn dem Gehilfen verboten wird, gerade das Gewerbe auszuüben, zu dessen Betreibung er sich im besonderen bezw. alleinigen Maße die nötigen Fertigkeiten erworben hatte. Alsdann kann der Gehilfe seine erlernten Kenntnisse nicht verwerten, er sieht sich gezwungen, umzulernen, und sich veranlaßt, mit geringeren und schlecht bezahlten neuen Stellen zufrieden zu sein, zumal wenn es sich um einen älteren Handlungsgehilfen bei derartigen Konkurrenzklauseln handelt.[3])

Zu erwähnen ist, daß der Richter nicht befugt ist, Schranken über die Begrenzung der Klausel nach Zeit, Ort und Gegenstand aufzustellen. Das Gesetz gestattet nur eine Herabminderung, nicht eine inhaltliche Änderung der unzulässigen Konkurrenzklausel.[4]) Wenn ihm z. B. die gegenständliche Beschränkung als zu weitgehend erscheint, ist er berechtigt, lediglich die Konkurrenzklausel auf ein billiges Maß bezüglich dieser Bestimmung zu beschränken; der Richter darf aber nicht aussprechen, daß sich die Konkurrenzklausel auf einen anderen, im Vertrage nicht bezeichneten Geschäftszweig beziehen solle,[5]) bei dem diese Unbilligkeit ausgeschlossen sein

---

[1]) Bolze Bd. 18 Nr. 408; Horrwitz a. a. O. S. 152.

[2]) Goldmann a. a. O. zu § 74 II bcc S. 359; s. Reinshagen a. a. O. S. 24; Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 11. S. 462.

[3]) s. Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 11 S. 462; Weber a. a. O. S. 50 unten; Kohler a. a. O. S. 63; Lemberg a. a. O. S. 40 unten; ROHG. v. 21. 10. 1876 in ROHG. Bd. 21 S. 262; KfmG. Münster v. 9. 3. 1907 und LG. Münster v. 7. 12. 1907 in Gew.-u.KfmG. 13. Jahrg. 1908 S. 303, 304.

[4]) s. Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 12 S. 463; Steiner a. a. O. S. 23; Reinshagen a. a. O. S. 24, 25.

[5]) Ritter in DJZ. 7. Jahrg. Nr. 15 S. 353 Sp. 1.

würde. Unrichtig ist m. E. die von Staub[1]) hierzu geäußerte Ansicht, daß der Richter in dem Falle, wo dem Gehilfen verboten sei, einen selbständigen Betrieb in einer bestimmten Branche zu eröffnen, nicht bestimmen dürfe, daß der Gehilfe sich zwar nicht selbst etablieren, wohl aber trotz des Verbotes in ein anderes Geschäft als Gehilfe eintreten dürfe. Darin liegt m. E. eine Verkennung des gesetzgeberischen Willens hinsichtlich des richterlichen Ermäßigungsrechtes und eine zu enge Auffassung des Begriffes: „Gegenstand der Konkurrenzklausel", da darunter auch eine Beschränkung der „Art der künftigen Tätigkeit", z. B. ob selbständiger oder unselbständiger Konkurrenzbetrieb, zu verstehen ist. In dem von Staub erwähnten Beispiele liegt keine inhaltliche Abänderung einer unzulässigen Beschränkung, vielmehr nur eine gesetzlich zulässige Herabminderung hinsichtlich des Gegenstandes der Konkurrenzklausel.[2])

Der Umstand, daß die Konkurrenzklausel vom Richter in der erwähnten dreifachen Beziehung begrenzt bezw. ermäßigt werden kann, rechtfertigt nicht den Schluß, eine Konkurrenzklausel sei nur dann gültig, wenn sie örtlich, zeitlich und gegenständlich beschränkt sei. Staub[3]) ist der Ansicht, daß auf alle drei Momente (Zeit, Ort, Gegenstand) Rücksicht zu nehmen sei, und nach dem Gesamtbilde, welches darnach die Klausel gewährt, soll beurteilt werden, ob die Grenzen der Billigkeit überschritten sind. Es sei daher möglich, daß unter Umständen eine zeitlich oder örtlich unbeschränkte Konkurrenzklausel gegenständlich derart begrenzt sein könne, daß sie eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen nicht zur Folge habe.[4]) Es mag ja zugegeben werden, daß ein in allen drei Richtungen beschränktes Verbot eher gültig sein wird als ein solches, das in zwei der drei Beziehungen unbeschränkt sich darstellt. Dem Wortlaute des Gesetzes ist in-

---

[1]) Staub a. a. O. § 74 Anm. 5 S. 338; ebenso Ritter a. a. O.; Lehmann-Ring a. a. O. zu § 74 Nr. 5 S. 181.

[2]) s. Droysen a. a. O. S. 46; Roßner a. a. O. S. 31.

[3]) Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 7 S. 338.

[4]) s. RGE. Bd. 53 S. 157; Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 8 S. 462; Reinshagen a. a. O. zu § 74 S. 23; Makower a. a. O. zu § 74 II S. 227.

dessen nichts zu entnehmen, was gegen die von Staub vertretene Ansicht spräche.[1])

An dieser Stelle soll noch erörtert werden, ob die Ungültigkeitserklärung der Konkurrenzklausel durch den Richter oder ihre Einschränkung durch denselben auf ein zulässiges Maß auf das Bestehen des Dienstvertrages, in dessen Anschlusse das das zulässige Maß überschreitende Verbot vereinbart wurde, einen Einfluß ausübt oder nicht. M. E. wird der Dienstvertrag in seiner Gültigkeit nicht berührt werden,[2]) es sei denn, daß aus dem Vertrage selbst oder aus den Umständen des Einzelfalls ein gegenteiliger Wille der Vertragsparteien zu entnehmen ist. Würde man gegenteiliger Auffassung sein, so wäre der Erfolg der, daß der Handlungsgehilfe im Falle der Unverbindlichkeitserklärung durch den Richter ohne weiteres entlassen werden könnte. Der Zweck des Gesetzgebers, den er durch Aufstellung des § 74 Abs. 1, 2 verfolgte, den wirtschaftlich schwachen Handlungsgehilfen in seinem Fortkommen zu stärken, wäre vereitelt.

§ 3.

Nichtigkeit der Konkurrenzklausel bei Minderjährigkeit des Handlungsgehilfen.

In dem § 74 HGB. ist im Abs. 3 die Bestimmung enthalten: „Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Handlungsgehilfe zur Zeit des Vertragsschlusses minderjährig war". Daß auch für die minderjährigen Handlungslehrlinge, d. h. für solche Personen, welche in einem Handelsgewerbe zur Erlernung kaufmännischer Dienste und zu Leistungen des erlernten Dienstes angestellt sind,[3]) diese Bestimmung von rechtlicher Bedeutung ist, kann im Hinblick auf den § 76 HGB. keinem Zweifel unterliegen.[4])

---

[1]) A. A. Steiner a. a. O. S. 26: „Nach dem Gesetze müsse, falls die Klausel billig erscheinen solle, dieselbe ein nach Zeit, Ort und Gegenstand den Umständen entsprechendes Maß einhalten".

[2]) s. Steiner a. a. O. S. 28, 29; ebenso Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 5 S. 337 und in DJZ. 2. Jahrg. Nr. 17 S. 336 Sp. 1.

[3]) s. Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 76 S. 472.

[4]) s. Dernburg a. a. O. Bd. 2 zu § 101 III b S. 252.

§ 76 HGB. lautet: „Die Vorschriften der §§ 60—63, 74, 75 finden auch auf Handlungslehrlinge Anwendung".

Wer im Sinne des Handelsgesetzbuches als minderjährig zu betrachten ist, richtet sich, da das Handelsgesetzbuch in dieser Beziehung keine Bestimmungen enthält, gemäß § 2 EG. z. HGB. nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Der Abs. 3 des § 74 besagt also mit anderen Worten, daß eine Klausel, vorausgesetzt, daß ihr Inhalt dem Gesetze nicht zuwiderläuft, rechtsgültig nur dann abgeschlossen werden kann, wenn der Handlungsgehilfe gemäß § 2 BGB. volljährig oder durch Volljährigkeitserklärung nach § 3 BGB. die rechtliche Stellung eines Volljährigen erlangt hat, und zwar muß dieses Erfordernis der Volljährigkeit schon in dem Zeitpunkte vorhanden sein, in dem die Klausel vereinbart wird. Da hiernach für die Beurteilung der Frage, ob eine Konkurrenzvereinbarung von einem Minderjährigen abgeschlossen ist, der Zeitpunkt maßgebend ist, in welchem die Klausel durch beiderseitige Willenserklärung ihrem Inhalte und ihrer Wirkung nach festgelegt worden ist, so folgt hieraus, daß eine Klausel selbst dann nichtig ist, wenn sie mit einem minderjährigen Handlungsgehilfen vereinbart, dieser aber erst nach Wegfall der Minderjährigkeit in sein Dienstverhältnis eintreten würde.[1])

Die Ungültigkeit der Klausel wegen Minderjährigkeit des Handlungsgehilfen ist, wie schon in der Denkschrift S. 64 ausgeführt wird, eine unbedingte; „die Ungültigkeit tritt selbst dann ein, wenn etwa das Vormundschaftsgericht oder der gesetzliche Vertreter die Vereinbarung genehmigten, oder wenn der gesetzliche Vertreter selbst im Namen des Gehilfen den Vertrag geschlossen hätte".[2]) Diese Ansicht wird fast durchweg auch in der Literatur vertreten.[3])

---

[1]) s. Fuld a. a. O. S. 95; Reinshagen a. a. O. S. 27.

[2]) s. Hahn-Mugdan a. a. O. S. 242 u. 569.

[3]) Zustimmend Steiner a. a. O. S. 11; Goldmann a. a. O. zu § 76 Anm. 2 S. 360; Makower zu § 74 V S. 228; Reinshagen S. 27; Fromm a. a. O. S. 46; Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 15 S. 464; a. A. Staub zu § 74 Anm. 4 S. 337; Moses a. a. O. S. 18.

Daß infolge dieser Bestimmung des § 74 Abs. 3 auch eine Strafabrede nichtig ist, welche der Minderjährige für den Fall der Nichterfüllung der nichtigen Klausel selbständig mit seinem Geschäftsherrn vereinbaren würde, unterliegt keinem rechtlichen Bedenken. Denn gemäß § 344 BGB. ist, falls das Gesetz das Versprechen einer Strafe für unwirksam erklärt, auch die für den Fall der Nichterfüllung getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.

Im Anschlusse hieran bedarf die Frage noch einer Erörterung, ob Verträge gültig sind, in denen nicht der Minderjährige selbst, vielmehr dritte Personen, z. B. der Vater, dem Prinzipal gegenüber die Verpflichtung, sei es nun unter Strafabrede oder sonstwie, übernehmen, dafür einzustehen, daß der Minderjährige das für ihn unverbindliche Versprechen innehält. Einfach ist die Entscheidung dann, wenn bei einem derartigen Vertrage die Form eines Bürgschaftsvertrages gewählt wurde. Hier greift § 767 Abs. 1 BGB. Platz, demzufolge die von dem Bürgen eingegangene Verpflichtung in ihrer rechtlichen Geltung von dem jeweiligen Bestande der Hauptschuld abhängig ist. Diese ist gemäß Abs. 3 des § 74 HGB. nichtig und bewirkt so auch die Unwirksamkeit der hier in Rede stehenden Bürgschaftsverträge.[1])

Daß dagegen die Übernahme einer Bürgschaft durch einen Minderjährigen für die von einem volljährigen Handlungsgehilfen eingegangene Klausel gesetzlich zulässig und möglich ist, bedarf keiner Erörterung.[2])

Schwieriger ist dagegen die Entscheidung in den Fällen, wo die dritten Personen in einer anderen Vertragsart als unter Eingehung eines strengen Bürgschaftsvertrages dem Prinzipale gegenüber sich verpflichten, für Innehaltung der Konkurrenzklausel seitens des Minderjährigen zu sorgen und z. B. für den Fall der Übertretung eine Strafe zu zahlen versprechen. In der Literatur wird allerdings die Frage der Nichtigkeit dieser letztgenannten Verträge

---

[1]) Zustimmend Makower a. a. O. zu § 74 S. 227 Ib; Reinshagen a. a. O. S. 28; Droysen S. 49.

[2]) Horrwitz a. a. O. S. 153.

vielfach schlechthin deshalb bejaht,[1]) weil sie in fraudem legis abgeschlossen wären und lediglich die Umgehung der Vorschriften des Abs. 3 des § 74 bezweckten. Diese Ansicht stützt sich auf den § 134 BGB., demgemäß „ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist, wenn sich nicht aus dem Gesetze ein anderes ergibt". So führt Steiner[2]) aus: „Es würde wohl auch der Zweck des Gesetzes in seiner Richtung auf absoluten Ausschluß der Konkurrenzklausel verfehlt sein, wenn eine dritte volljährige Person als Selbstzähler die Zahlung einer Konventionalstrafe für den Fall der Nichteinhaltung durch den Minderjährigen rechtswirksam versprechen könnte. Denn der Gesetzgeber wollte durch die Bestimmung der absoluten Nichtigkeit sicherlich auch den moralischen Zwang ausschließen, der durch eine solche Verpflichtung des Dritten auf den Minderjährigen lasten würde".

Bei Prüfung der rechtlichen Wirksamkeit der in Rede stehenden Verträge ist zwar Steiner darin zuzustimmen, daß, wie es ja allgemeine Meinung ist, auch solche Rechtsgeschäfte von der Folge der Nichtigkeit betroffen werden, bei welchen das Verbot sich dem Wortlaute nach nicht gegen die Vornahme, sondern gegen den Inhalt richtet. Dagegen läßt sich, wie Staudinger[3]) mit Recht ausführt, nicht schlechtweg behaupten, daß die Nichtigkeit auch solche Geschäfte treffe, die zur Umgehung des Gesetzes abgeschlossen sind, also in anderer Rechtsform den nämlichen oder einen ähnlichen Zweck erreichen wollen, wie den, welchem das Verbotsgesetz entgegentritt. Denn die Entscheidung darüber, ob ein Rechtsgeschäft als in fraudem legis vorgenommen und deswegen nichtig ist, hängt ab von der Auslegung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes und der diesen Tatbestand erfassenden Norm.[4]) Zustimmend äußert sich auch das Reichsgericht in einer Ent-

---

[1]) s. Steiner a. a. O. S. 13; Reinshagen a. a. O. S. 28; Fromm a. a. O. S. 46; Droysen a. a. O. S. 50; a. A. Makower a. a. O. zu § 74 Ib S. 227; Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 4 S. 337; Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 15 S. 464.

[2]) Steiner a. a. O.

[3]) Staudinger a. a. O. zu § 134 S. 391 Bd. 1.

[4]) s. Planck a. a. O. Bd. 1 zu § 134 S. 243.

scheidung v. 18. 10. 1899 [1]) zu der hier vertretenen Ansicht. Gemäß diesem Urteile ist eine Nichtigkeit nach § 134 BGB. nur dann anzunehmen, wenn wirklich durch den jeweilig vorliegenden rechtsgeschäftlichen Tatbestand der von der Schutzvorschrift bezweckte wirtschaftliche Erfolg vereitelt wird oder diejenigen wirtschaftlichen Resultate herbeigeführt werden, die der Gesetzgeber verhindern wollte. Nun ist der Zweck der Vorschrift des Abs. 3 des § 74 folgender, nämlich die Minderjährigen, weil sie wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit, selbst wenn sie unter Mitwirkung ihrer gesetzlichen Vertreter kontrahieren, bei Abschluß ihres Anstellungsvertrages sehr häufig in tatsächlicher Unfreiheit handeln, davor zu bewahren, Verpflichtungen einzugehen, deren Tragweite sie nicht übersehen können, und zu verhüten, daß sie sich nicht allzusehr der Freiheit der künftigen Verwertung ihrer Arbeitskraft berauben.[2])

Berücksichtigt man diesen letzten Zweck des Abs. 3 des § 74, so wird man nicht schon in dem bloßen Abschlusse eines sogen. Garantievertrages seitens eines Dritten mit dem Prinzipale des Minderjährigen eine Vereitlung der Absichten des Gesetzgebers und demzufolge Nichtigkeit des Versprechens annehmen können.

Man denke an den sicherlich möglichen Fall, wo irgendein reicher Dritter dem Prinzipale gegenüber unter Strafabrede das Garantieversprechen eingeht, für Innehaltung der Klausel aufzukommen. In dem Abschlusse eines solchen Vertrages an sich kann m. E. doch sicherlich nicht ohne weiteres „eine Beraubung der Freiheit der künftigen Verwertung der Arbeitskraft des Minderjährigen" erblickt werden. Es wird vielmehr nur dann m. E. die Nichtigkeit anzunehmen sein, wenn der Minderjährige durch das Vorhandensein eines von seinem Prinzipal mit einem Dritten geschlossenen Garantievertrages bei der Erwägung über die sein wirtschaftliches Fortkommen zu treffenden Schritte sich so beeinflussen lassen wird, daß von einer Freiheit in der künftigen Verwertung seiner Arbeitskraft, wie sie ihm Abs. 3 des § 74 ja besonders gewährleisten will, nicht mehr die Rede sein kann. Sind

---

[1]) RGE. in Bd. 44 S. 112.

[2]) s. Hahn-Mugdan a. a. O. S. 242; Denkschr. S. 64.

diese Voraussetzungen nicht gegeben, so ist die Gültigkeit solcher mit Dritten geschlossenen Garantieverträge zu bejahen.[1])

Weiter ist in der Literatur im Anschlusse an die Erörterung des Abs. 3 des § 74 die Streitfrage aufgetaucht, welchen Einfluß die Nichtigkeit der Konkurrenzklausel wegen Minderjährigkeit auf den Bestand des Dienstvertrages als solchen ausübt. Einfach ist die Lösung, wenn die Klausel nicht Bestandteil des Anstellungsvertrages ist, vielmehr unabhängig vom Dienstvertrage, z. B. erst einige Zeit nach Beginn des Ausstellungsverhältnisses vereinbart wurde. Zweifellos wird dann durch die nichtige Klausel die Gültigkeit des Dienstvertrages selbst nicht betroffen, da beide Verträge unabhängig und jeder für sich allein gewollt wurden.[2]) Schwieriger ist die Entscheidung in den weitaus häufiger vorkommenden Fällen, wo die Klausel von vornherein mit in den mit dem Minderjährigen geschlossenen Anstellungsvertrag aufgenommen wurde und sich infolgedessen als ein Teil dieses Vertrages darstellt. Soll bei solcher Sachlage die vom Gesetze normierte Nichtigkeit den Bestand des ganzen Dienstvertrages nichtig machen oder sich nur auf die Klausel allein erstrecken? In der Literatur gehen die Meinungen bezüglich der Entscheidung dieser Frage sehr auseinander. So erklären Goldmann,[3]) Makower,[4]) Lehmann-Ring[5]) und andere,[6]) es sei in solchen Fällen über die Gültigkeit des ganzen Dienstvertrages, da das Handelsgesetzbuch keine Bestimmung enthielte, gemäß den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, und zwar nach § 139 a. a. O. zu urteilen, ohne aber in eine Erörterung der sich daraus ergebenden Folgen einzutreten.

Bejaht man mit den genannten Schriftstellern die Anwendung des § 139, der besagt: Ist ein Teil eines Rechtsgeschäftes nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen

---

[1]) Zustimmend OLG. Naumburg V. Zivils. v. 22. 1. 1906 in OLG. Bd. 12 S. 422; OLG. Darmstadt in OLG. Bd. 12 S. 255.

[2]) Zustimmend Reinshagen a. a. O. S. 28; Droysen a. a. O. S. 52.

[3]) Goldmann a. a. O. zu § 74 Anm. 3 S. 360.

[4]) Makower a. a. O. zu § 74 Bd. 5 S. 228.

[5]) Lehmann-Ring a. a. O. zu § 74 Nr. 4 S. 180.

[6]) Ritter in DJZ. 7. Jahrg. S. 352 und Litthauer-Mosse a. a. O. zu § 74 Ziff. 8 S. 91, 92; auch Tiedemann a. a. O. S. 107.

ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde, so kommt man zu folgendem Ergebnis:

Die Vereinbarung der Klausel mit einem Minderjährigen macht auch den ganzen Dienstvertrag hinfällig, da in der Regel nicht anzunehmen ist, daß der Prinzipal auch ohne Aufnahme der Klausel in den Anstellungsvertrag diesen geschlossen haben würde.

Es träte bei Befolgung dieser Ansicht das unerwünschte Ergebnis ein: der ganze Anstellungsvertrag ist hinfällig, der Handlungsgehilfe, der als Minderjähriger einen Dienstvertrag mit Konkurrenzklausel geschlossen hat, kann ohne weiteres sofort entlassen werden.[1]) Zwar bemerkt Ritter,[2]) der auch die Anwendung des § 139 BGB. auf den hier fraglichen Fall als gegeben erachtet, bezüglich des sich daraus ergebenden Resultates: die Folgen seien für den Handlungsgehilfen keineswegs ungünstig. Da der Prinzipal gewöhnlich zur Fortführung seines Geschäftes einer Anzahl von Angestellten bedürfe, so würde er, wenn er die Nichtigkeit der Teilabrede, der Konkurrenzklausel, gekannt hätte, diese nicht geschlossen haben, und es würde demnach der Dienstvertrag zu Recht bestehen bleiben. Diese Ansicht ist m. E. irrig, da die Voraussetzung, auf welche sie sich stützt, eine fehlgehende ist; bei Handlungsgehilfen übersteigt doch bekanntermaßen schon seit vielen Jahren das Angebot die Nachfrage um ein bedeutendes.

Durch die Anwendung des § 139 BGB. würde demnach das sozialpolitisch unerwünschte Ergebnis eintreten, daß Gesetzesvorschriften, die vom Gesetzgeber gerade zum Schutze der minderjährigen Handlungsgehilfen erlassen wurden, statt der bezweckten Festigung der rechtlichen und wirtschaftlichen Stellung eine Unsicherheit und Schwächung derselben herbeiführten.[3]) Dagegen gelangt man zu einem zusagenderen Ergebnisse, wenn man der entgegengesetzten, zuerst und eingehend von Staub[4]) begründeten

[1]) Reinshagen a. a. O. S. 29.

[2]) Ritter in „Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts", Vorträge, Berlin 1900, S. 139.

[3]) s. Reinshagen a. a. O. S. 29.

[4]) Staub a. a. O. Exk. zu § 62 Anm. 2 S. 298, 299; ebenso Reinshagen a. a. O. S. 28; Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 5 S. 464 und zu § 67 Anm. 6 S. 435; Roßner a. a. O. S. 36; vgl. Markus in DJZ. 1899 S. 417.

Ansicht zustimmt. Nach der Ansicht Staubs ist eine Anwendung des § 139 BGB. ausgeschlossen auf Grund der Bestimmungen des § 2 EG. z. HGB. Darnach sei in allen Rechtsfragen, in denen das Handelsgesetzbuch eine Entscheidung trifft, die subsidiäre Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgeschlossen. Außerdem könne der Gesetzgeber unmöglich bei Erlaß solcher Schutzvorschriften, wie sie in Abs. 3 des § 74 HGB. enthalten seien, gewollt haben, es solle regelmäßig die Rechtsbeständigkeit des ganzen Vertrages in Frage gestellt werden, wenn durch vertragliche Einzelbestimmungen eine solche Schutzvorschrift verletzt würde.[1]) Auch der bloße Wortlaut des Gesetzes läßt sich für die von Staub vertretene Ansicht verwenden. Denn dieses spricht ausdrücklich nur von der Nichtigkeit der „Vereinbarung", und hierunter ist doch nur eine Vereinbarung der in § 74 Abs. 1 bezeichneten Art zu verstehen, nicht aber der ganze Anstellungsvertrag, der mit dem Handlungsgehilfen geschlossen wurde. Das Ergebnis ist also folgendes: Aus der Entstehungsgeschichte, dem Zwecke und dem Wortlaute der Vorschrift des § 74 Abs. 3 ergibt sich, daß die darin ausgesprochene Nichtigkeit der Vereinbarung der Konkurrenzklausel mit einem minderjährigen Handlungsgehilfen nicht die Nichtigkeit des ganzen Vertrages bedingt, sondern nur den Wegfall des Abkommens über die Klausel zur Folge hat. Die Vorschrift des § 139 BGB. findet hier also keine Anwendung.

Es erübrigt sich im Rahmen der Erörterung des Abs. 3 des § 74 noch die Prüfung der Folgen, welche die Beobachtung der von Staub vertretenen Ansicht nach sich zieht. Man könnte zunächst leicht annehmen, daß das Interesse des Prinzipals, zumal wenn er in Unkenntnis der Minderjährigkeit des Handlungsgehilfen die Vereinbarung einer Klausel mit in den Dienstvertrag aufnahm, um deswillen erheblich gefährdet sein würde, weil die Konkurrenzklausel wegfiele, der Dienstvertrag aber weiter bestehen würde. Führt es nicht zu Unbilligkeiten, wenn der Prinzipal dem Gehilfen die vereinbarte Zeit Beschäftigung gewähren soll, aber nach Ablauf der Dienstzeit sich der Gefahr ausgesetzt sieht, daß ihm sein früherer Gehilfe ungehindert Konkurrenz machen

[1]) A. A. Droysen a. a. O. S. 54.

kann? Keineswegs. Gegen solche Folgen schützen den Prinzipal die Vorschriften des § 119 BGB. In den meisten Fällen wird es sich dabei um eine Anfechtung des Dienstvertrages gemäß Abs. 2 des § 119 handeln. Der Prinzipal wird den Dienstvertrag anfechten können, weil er sich über eine Eigenschaft des Gehilfen im Irrtum befand, über die Minderjährigkeit desselben, die im Verkehr wohl als wesentliche anzusehen ist,[1]) und außerdem begründetes Interesse an der Aufnahme der Konkurrenzklausel in den Dienstvertrag hatte (Abs. 2 bezw. Abs. 1 des § 119 BGB.). Diese auf Grund des § 119 BGB. dem Prinzipale gewährte Möglichkeit, den ganzen Anstellungsvertrag unter Umständen rechtsunwirksam machen zu können, gefährdet die Stellung des Handlungsgehilfen bei weitem nicht so sehr wie die erwähnten Folgen der Anwendung des § 139 BGB. So ist zunächst im Falle der Anfechtung des ganzen Dienstvertrages dessen Beseitigung nur möglich, wenn die Anfechtung unverzüglich seitens des Berechtigten nach Erlangung der Kenntnis des Anfechtungsgrundes seitens des Berechtigten gegenüber dem Anfechtungsgegner erfolgt (§§ 121, 143 BGB.), so daß auch der Gehilfe davor bewahrt ist, lange mit Wissen des Prinzipals im unklaren bleiben zu müssen bezüglich der rechtlichen Geltung seines Anstellungsvertrages. Hierzu kommt ferner, daß der anfechtende Prinzipal dem Minderjährigen, wenn jener den Vertrag wegen Irrtums anficht, den Schaden zu ersetzen hat, den letzterer dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung des Prinzipals vertraute, vorausgesetzt, daß der Minderjährige den Grund der Anfechtbarkeit weder kannte noch kennen mußte (§ 122 BGB.). Noch günstiger ist für den Gehilfen das Ergebnis, wenn der Prinzipal bei Abschluß des Dienstvertrages wußte, daß ihm ein minderjähriger Vertragsgegner gegenüberstand. In diesem Falle kann der Prinzipal aus der Klausel keine Rechte herleiten und trotzdem bleibt der Dienstvertrag bestehen.[2]) Liegt hingegen der Fall vor, daß der Prinzipal durch Täuschung über das Alter des Minderjährigen zum Abschlusse

---

[1]) s. Reinshagen a. a. O. S. 29.

[2]) Ritter in „Die allgemeinen Lehren des Handelsrechtes", Vorträge, Berlin 1900, S. 133/34.

des Dienstvertrages mit Klausel bewogen wurde, so kann er den Vertrag nach § 123 BGB. anfechten. Es muß allerdings die Täuschung vom Minderjährigen absichtlich herbeigeführt und ausgenutzt worden sein. Ist die Täuschung von einem Dritten verübt worden, etwa von einem Bevollmächtigten, so ist der Vertrag nur anfechtbar, wenn der Minderjährige die Täuschung kannte oder kennen mußte (§ 123 Abs. 2 BGB.).

Weiter bedarf hier noch eine andere, im Handelsgesetzbuche nicht geregelte Frage einer Erörterung, nämlich die, welcher Rechtszustand eintritt, wenn der Minderjährige nach erreichter Volljährigkeit — sei es nun, daß diese infolge Volljährigkeitserklärung gemäß § 3 BGB. oder durch Erreichung des gesetzlich vorgeschriebenen Alters eingetreten ist — den mit nichtiger Konkurrenzklausel behafteten Dienstvertrag fortsetzt. Soll die Konkurrenzklausel ohne weiteres wegen Wegfall der Minderjährigkeit gültig werden oder bleibt die Nichtigkeit fortbestehen? Die Entscheidung ist gemäß § 2 EG. z. HGB. nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu treffen. Auszugehen ist von dem Grundsatze, welcher in § 141 BGB. enthalten ist, daß nämlich ein nichtiges Rechtsgeschäft aus sich selbst zwar niemals wirksam werden kann, aber durch Bestätigung die Heilung eines solchen ermöglicht ist.[1]) § 141 BGB. erklärt im Abs. 1 ausdrücklich: Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von demjenigen, welcher es vorgenommen hat, bestätigt, so ist die Bestätigung als erneute Vornahme zu betrachten.

Wenn auch in der Regel eine solche Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes nicht an eine bestimmte Form gebunden ist, vielmehr auch stillschweigend aus der Gesamtheit einzelner Rechtshandlungen hervorgehen kann, so bin ich doch mit Staub[2]) der Meinung, daß in der bloßen Fortsetzung des Dienstvertrages nach Eintritt der Volljährigkeit an sich noch nicht eine Bestätigung enthalten ist, d. h. eine Erklärung, der Handlungsgehilfe erkenne die Gültigkeit der Klausel an und wolle von nun an auch die Folgen, die

[1]) s. Planck, BGB. Bd. 1 3. Aufl. 1903 zu § 141 Note 1 S. 252.

[2]) Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 4 S. 357; ebenso Steiner a. a. O. S. 14 und Reinshagen a. a. O. S. 28; Renger a. a. O. S. 30; a. A. Horrwitz a. a. O. S. 153; Droysen a. a. O. S. 50, 51.

daraus entstehen könnten, gegen sich gelten lassen.[1]) Denn wie Planck[2]) ausführt, soll die Bestätigung, besonders die stillschweigende, die Wirkung einer erneuten Vornahme des vorhin nichtigen Rechtsgeschäftes nur dann haben, wenn der Bestätigende, im vorliegenden Falle der Handlungsgehilfe, die Nichtigkeit des vom ihm bestätigten Rechtsgeschäftes kannte, weil andernfalls der Wille, ein neues bindendes Rechtsgeschäft vorzunehmen, nicht angenommen werden könne.

Demnach kommen wir zu dem Ergebnisse, daß „die mit einem Minderjährigen vereinbarte Klausel, wenn der Vertrag nach Volljährigkeit verlängert wird, in der Regel nur dann als gültig anzusehen ist, wenn aus den Umständen und der Sachlage sich ergibt, daß der volljährig Gewordene in die Vertragsverlängerung eingetreten ist in der Absicht und dem Bewußtsein, dadurch der Konkurrenzklausel zur Heilung zu verhelfen".[3])

Bei der Einschaltung der Vorschrift des Abs. 3 des § 74 hat sich der Gesetzgeber, wie in der Denkschrift[4]) dargestellt ist, aus folgenden Gründen bewegen lassen: „Die Vorschrift rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß eine Bestimmung, durch welche der Gehilfe hinsichtlich der künftigen Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit, einer Behinderung unterworfen wird, ihn nur binden darf, wenn er bei Übernahme der Verpflichtung in der Lage ist, deren Tragweite in vollem Umfange selbst zu würdigen, und daß andererseits ein Angestellter, der noch nicht das Alter der Volljährigkeit erreicht hat, der Regel nach kaum sobald in der Lage sein wird, die berechtigten Interessen des Geschäftsinhabers durch die Tätigkeit in einem Konkurrenzbetriebe zu gefährden". Ob dieser Motivierungsgedanke ein richtiger ist, ist m. E. mit Steiner[5]) zu bezweifeln. Steiner sagt, es sei nicht abzusehen, warum bei dem Rechtsgeschäfte des Abschlusses eines Dienstvertrages mit Konkurrenzklausel die fehlende Erkenntnis nicht ebensogut wie bei

---

[1]) s. KfmG. Mannheim in Gew.-u.KfmG. 11. Jahrg. S. 200.

[2]) Planck a. a. O. Bd. 1 S. 252.

[3]) s. KfmG. Mannheim in Gew.-u.KfmG. 11. Jahrg. S. 200; Steiner a. a. O. S. 14.

[4]) s. Hahn-Mugdan S. 242; Denkschr. S. 64.

[5]) Steiner a. a. O. S. 12.

tausend anderen, nicht minder wichtigen Rechtsgeschäften durch den für seine Handlungen haftbaren Vormund ergänzt werde. Vielmehr scheint mir eine andere Begründung für die Einführung des Abs. 3 richtiger zu sein. Man hat denjenigen, welche ein absolutes Verbot der Konkurrenzklausel anstrebten, eine Konzession machen wollen.[1]) Die im Reichstage bei der Beratung der in Rede stehenden Vorschrift ausgesprochene Befürchtung, diese Bestimmung des Abs. 3 würde die Minderjährigen, insbesondere die Lehrlinge, mehr schädigen anstatt ihnen nützen, die Prinzipale würden sich von der Anstellung minderjähriger Handlungsgehilfen überhaupt abhalten lassen, hat sich nicht bewahrheitet. Minderjährige und Lehrlinge werden nach wie vor auch in Geschäftsbetrieben mit Konkurrenzklauseln angestellt.[2]) Nur ist man vielfach dazu übergegangen, anstatt den Minderjährigen dritte Personen, Eltern, Vormünder usw., haftbar zu machen für die Übertretung der unverbindlichen Konkurrenzklausel durch den Minderjährigen, ein Erfolg der Vorschrift, der vom Gesetzgeber nicht vorauszusehen war und m. E. dann kein schädlicher ist weder für den Minderjährigen noch für den sich zu seinen Gunsten verpflichtenden Dritten, wenn man bezüglich der Rechtswirksamkeit solcher Verpflichtungsverträge stets prüft, ob der Minderjährige sich in seinen Entschließungen hinsichtlich der Annahme von Stellungen durch die Tatsache beeinflussen lassen wird, daß der Dritte von dem Prinzipal haftbar gemacht wird, und falls dies zutrifft, Unwirksamkeit solcher Verträge annimmt.[3])

Faßt man das Ergebnis zusammen, so kommt man m. E. zu dem Schlusse, daß die Einfügung des Abs. 3 in den § 74 HGB. zu billigen ist.[4]) Sie verhindert eine Bindung des Minder-

---

[1]) Reinshagen a. a. O. S. 31; Hahn-Mugdan a. a. O. (Roeren) S. 468.

[2]) s. die Äußerung Bassermanns bei Hahn-Mugdan a. a. O. S. 504, Mitte.

[3]) s. OLG. Darmstadt II. Zivils. v. 2. 3. 1906 in OLG. Bd. 12 (1906) S. 255 und 256.

[4]) Zustimmend Fravi a. a. O. S. 43; a. A. Ritter in DJZ. 7. Jahrg. 1902 Nr. 15 S. 353 Spalte 1; Heitmann a. a. O. S. 43; Droysen a. a. O. S. 49.

jährigen und Lehrlings an das Geschäft, insbesondere an das seines ersten Prinzipals, und wahrt ihm die Bewegungsfreiheit in der künftigen Verwertung seiner Arbeitskraft, welche ja für seine Ausbildung von größter Bedeutung ist und die zu wahren er selbst ohne gesetzlichen Schutz regelmäßig nicht imstande sein würde.[1])

§ 4.

Voraussetzung der Geltendmachung von Ansprüchen aus der Konkurrenzklausel.

I.

Die Möglichkeit für den Prinzipal, aus einer an sich gültigen Konkurrenzklausel Ansprüche geltend zu machen, ist in jedem Falle in erster Reihe abhängig von dem Fortbestehen des Interesses an der Konkurrenzenthaltung des Verpflichteten auf seiten des Berechtigten. Denn da die Gültigkeit einer Klausel naturgemäß danach zu beurteilen ist, in welchem Umfange ein berechtigtes Interesse des Prinzipals an der dem Gehilfen auferlegten Beschränkung besteht,[2]) so folgt daraus, daß der Klausel vom Gesetze dann die Geltung zu versagen ist, wenn für den Berechtigten jedes begründete vernünftige Interesse an irgendeiner noch so leichten Beschränkung des Gehilfen fehlt. Als Beispiel möge folgender Fall dienen:

Der Kaufmann A hat mit seinem Handlungsgehilfen B vereinbart, daß dieser während zweier Jahre nach dem Austritt aus seinem Geschäfte keine Stellung bei einer Konkurrenzfirma am Orte der Niederlassung des Prinzipals übernehmen dürfe. Nach Ablauf des ersten Sperrjahres brennt das Geschäft des A ab und A gibt seine Erwerbstätigkeit auf. Alsdann ist eine Geltendmachung der Klausel durch den Prinzipal ausgeschlossen. Die Klausel ist erloschen.

---

[1]) s. Riezler a. a. O. S. 226.

[2]) s. Denkschr. S. 64; Hahn-Mugdan a. a. O. S. 242.

Die Literatur hat sich im allgemeinen auf diesen Standpunkt gestellt, wenn auch die Begründung des Standpunktes bei den verschiedenen Schriftstellern[1]) keine einheitliche ist. So begründet Wendt a. a. O. seinen Standpunkt, daß der verpflichtete Handlungsgehilfe in den Fällen, wo der berechtigte Prinzipal seinerseits das Geschäft auflöse und den Betrieb einstelle, deshalb von seiner Verbindlichkeit befreit werde, weil die Erfüllung des übernommenen Versprechens gegenstandslos, d. h. unmöglich im juristischen Sinne geworden sei. Auch Ritter a. a. O. führt zur Begründung seiner Ansicht aus: „Die Leistung (Unterlassung der Konkurrenz) ist unmöglich geworden. Dieser Grund ist, wie Lehmann[2]) m. E. mit Recht bemerkt, nicht immer zutreffend. Es kann z. B. in dem vorhin erwähnten Beispiele von einer Unmöglichkeit der Leistung keine Rede sein, da die von dem Verpflichteten übernommene Leistung, sich in dem Geschäftszweige des Prinzipals nicht als Konkurrent zu betätigen, durchaus möglich ist. Unmöglich ist nur, mit der fraglichen Leistung den Zweck zu verwirklichen, der mit der Obligation verfolgt wird (Förderung der gewerblichen Position des Prinzipals durch Unterbindung der Konkurrenz).

Vielmehr der wirkliche Erlöschungsgrund, aus dem das Gesetz die Geltung der Verpflichtung enden läßt, liegt im Interessefortfall. Die Verpflichtung endet, weil ihr Substrat, das Obligationsinteresse, wegfällt.[3])

Auch die Rechtsprechung deckt sich in ihren Entscheidungen über die vorliegende Frage mit der Ansicht der Literatur. So lautet eine Entscheidung des Reichsgerichts v. 30. 11. 1905 dahin: Mindestens im Zweifel müsse eine Klausel wegen des wirtschaftlichen Zweckes, den solche Vereinbarungen verfolgen, nur so lange

---

[1]) s. Lemberg a. a. O. S. 53; Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 92 1902 S. 57; Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 7 S. 461; Makower a. a. O. zu § 74 IV S. 228; Lehmann-Ring a. a. O. zu § 75 Anm. 5 S. 182; Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 9 S. 338; Ritter in DJZ. 7. Jahrg. Nr. 15 S. 351; Lehmann a. a. O. S. 216; Gareis in DJZ. 13. Jahrg. 1908 Nr. 1 S. 46; abweichend Krückmann im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 90 S. 88.

[2]) Lehmann a. a. O. S. 277.

[3]) Lehmann a. a. O. S. 277.

nach dem Willen der Beteiligten gelten, als durch die in Frage kommende Tätigkeit dessen, dem eine solche Klausel auferlegt sei, ein Vermögensnachteil dem Prinzipal erwachsen würde.[1])

Schwierig ist es, im Einzelfalle festzustellen, ob, inwieweit und in welchem Zeitpunkte das Interesse des Berechtigten wegfällt. Wird etwa schon dadurch, daß der Berechtigte innerhalb der Sperrzeit sein Gewerbe nicht ausübt oder sein Geschäft aufgibt, einer an sich verbindlichen Klausel die Wirksamkeit genommen? Eine Antwort auf diese Frage gibt uns die vorhin erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 47, indem darin folgendes ausgeführt wird: Ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Klausel seitens des Berechtigten ist so lange als fortbestehend anzuerkennen, als in der Sperrzeit die bloße Möglichkeit vorhanden ist, daß der Berechtigte später ein solches Geschäft noch einmal begründen könne. Denn der Umstand, daß der Berechtigte zur Zeit kein Gewerbe betreibt, schließt die Möglichkeit nicht aus, daß er später gerade innerhalb der im Vertrage bestimmten Ausschlußgrenze eins errichten oder ein solches übernehmen wird. Demzufolge ist auch zur Geltendmachung von Rechten aus der Klausel nicht erforderlich, daß er das Gewerbe wieder begonnen hat. Dem Berechtigten darf nicht zugemutet werden, zunächst wieder nach Aufgabe seines Geschäfts mit der Errichtung desselben vorzugehen und sodann erst, vielleicht im Wege langdauernden Rechtsstreites, den Verpflichteten zur Aufgabe des Konkurrenzbetriebes zu zwingen. Dieser Entscheidung des Reichsgerichts bezüglich der Feststellung, wann das Interesse an einer Konkurrenzklausel fortfalle, ist m. E. nicht beizutreten. Sie ist zu weitgehend[2]) und berücksichtigt in etwas einseitiger Weise zu sehr die Interessen des Prinzipals.[3]) Zum Beweise hierfür diene folgendes Beispiel: Ein Prinzipal, dessen Handlungsgehilfe die Verpflichtung übernommen hat, innerhalb einer Sperrzeit von drei Jahren dem vom Prinzipal betriebenen Getreideeinfuhrgeschäft keine Konkurrenz

[1]) RGE. im Recht 1905 S. 502; KG. v. 6. 11. 1905 in DJZ. 1906 S. 600, OLG. Bd. 2 S. 390; RGE. I. Zivils. v. 24. 10. 1900 in Bd. 47 S. 238; Bolze Bd. 13 S. 396, Bd. 18 S. 408.

[2]) Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 8 S. 338, 339.

[3]) Lemberg a. a. O. S. 54.

zu machen, und zwar am Orte der Handelsniederlassung des Prinzipals, gibt noch während der Sperrzeit sein Getreidegeschäft auf und beginnt dafür ein Bankgeschäft. In einem derartigen Falle würde der ehemalige Angestellte gemäß der Reichsgerichtsentscheidung verhindert sein, seinerseits Getreide einzuführen; er wäre der Gefahr ausgesetzt, bis zum Schlusse der Sperrzeit zu jeder Zeit vom Prinzipale verklagt zu werden, bloß weil sein Prinzipal vielleicht später noch einmal auf den Gedanken kommen könnte, ein Getreidegeschäft nochmals zu errichten oder zu übernehmen. Eine solche Schlußfolgerung, welche aus der Ansicht des Reichsgerichts zu ziehen wäre, widerspricht m. E. dem vom Reichsgerichte an anderer Stelle[1]) anerkannten Grundsatze, daß in solchen Zweifelsfällen nicht in einseitiger Weise das Interesse des einen Vertragsteiles, sondern gleichmäßig das Interesse des Berechtigten wie auch des Verpflichteten zu berücksichtigen ist. Überdies würde die Befolgung der vorgenannten Entscheidung des Reichsgerichts durch die Rechtsprechung auch schikanöse Beeinträchtigungen der Erwerbstätigkeit des Verpflichteten zur Folge haben.[2]) In der Literatur ist ebenfalls der vorhin dargestellte Standpunkt des Reichsgerichts bezüglich des Untergangs der Konkurrenzklausel nicht unwidersprochen geblieben.

So äußert sich Staub dahin, es ginge zu weit, von einer bloßen Möglichkeit der Wiederaufnahme der geschützten Erwerbstätigkeit des Prinzipals den Fortbestand der Konkurrenzklausel abhängig zu machen, es müsse vielmehr eine solche Erwerbstätigkeit in Aussicht stehen.[3]) Zu diesem m. E. mehr zusagenderem Ergebnisse gelangt man auch, wenn man von dem im Bürgerlichen Gesetzbuch im § 252 aufgestellten Leitsatze bezüglich der Schadensberechnung ausgeht. Diesem Leitsatze zufolge wird auch ein Schaden dann nicht ersetzt, wenn die Erzielung eines Gewinnes bloß möglich, vielmehr nur dann, wenn sie mit Wahrscheinlichkeit nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge erwartet

[1]) s. RGE. v. 6. 3. 1906 in JurW. S. 299 und in Puchelts Zeitschr. 1906 S. 372: „Die Rechte und Interessen beider Vertragsteile haben gleichmäßig Anspruch auf Berücksichtigung".

[2]) s. Lemberg a. a. O. S. 54.

[3]) Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 8 S. 339.

werden kann. Nach diesem Leitsatze muß man m. E. auch bei dem in Rede stehenden Falle verfahren. Das Ergebnis wäre alsdann folgendes:

Das Fortbestehen des Interesses auf seiten des Berechtigten bezw. die weitere Wirksamkeit der Konkurrenzklausel setzt nicht voraus, daß die Wiederaufnahme des schutzwürdigen Geschäftes oder Gewerbes in irgendeiner Form als unbedingt sicher und zweifellos gelten muß, andererseits genügt aber auch keine bloße Möglichkeit. Vielmehr darf die Möglichkeit einer Wiederaufnahme nicht eine so entfernt liegende sein, daß sie bei objektiver Würdigung der Sachlage und nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise nicht in Betracht gezogen werden kann für die Entscheidung der Frage, ob ein Fortbestand der Interessen bezw. der Konkurrenzklausel anzunehmen ist oder nicht. Hinzu kommt noch, daß zumal mit Rücksicht auf den mannigfaltigen Charakter der Konkurrenzklausel zwischen dem völligen Ausgeschlossensein einer künftigen Wiederaufnahme der aufgegebenen schutzwürdigen Erwerbstätigkeit durch den Berechtigten und der Wahrscheinlichkeit der Wiederaufnahme sehr viele Fälle liegen können, in denen die Möglichkeit einer Neuaufnahme mehr oder minder in weiter Ferne liegt.[1])

II.

Einen weiteren Schutz gegen die mißbräuchliche Anwendung einer nach den bisher erörterten gesetzlichen Vorschriften zulässigen Konkurrenzklausel hat der Gesetzgeber im § 75 HGB. dem Handlungsgehilfen geschaffen.

Ausgehend von der Erwägung, daß es eine Forderung der Billigkeit sei, dem Prinzipal nur dann zu gestatten, von den ihm nach der getroffenen Vereinbarung zustehenden Rechten Gebrauch zu machen, wenn er seinerseits bereit ist, dem Gehilfen in seinem Geschäfte, soweit es angeht, die Möglichkeit des weiteren Fortkommens zu gewähren,[2]) und im Hinblick auf den in früheren höchstgerichtlichen Entscheidungen aufgestellten, allgemein anerkannten

[1]) s. Lehmann a. a. O. S. 218.

[2]) s. Hahn-Mugdan a. a. O. S. 243; Denkschr. S. 64.

Grundsatz, daß eine Konkurrenzklausel im Zweifel nur auf den Fall zu beziehen sei, wo der Handlungsgehilfe die Stellung freiwillig und ohne daß ihm seitens des Prinzipals ein gerechter Anlaß zur Kündigung des Dienstverhältnisses gegeben sei, aufgebe, oder daß er durch sein Verhalten dem Dienstherrn gerechten Anlaß zur Kündigung gegeben habe,[1]) ist im § 75 Abs. 1 folgendes bestimmt worden:

I. „Gibt der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Grund, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 70, 71 aufzulösen, so kann er aus einer Vereinbarung der im § 74 bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen".

II. „Das gleiche gilt, wenn der Prinzipal das Dienstverhältnis kündigt, es sei denn, daß für die Kündigung ein erheblicher Anlaß vorliegt, den er nicht verschuldet hat, oder daß während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehilfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortgezahlt wird."

Zunächst folgt aus § 75 Abs. 1 I, wenn wir demselben eine positive Fassung geben:

Wenn der Handlungsgehilfe in regulärer Weise kündigt und so das Dienstverhältnis auflöst, ohne daß ihm ein wichtiger Grund gemäß §§ 70, 71 HGB. zur Seite steht, kann der Prinzipal seine Ansprüche aus der Konkurrenzklausel unbeschränkt insoweit geltend machen, als dieselben gemäß den Vorschriften des § 74 HGB. zu keiner Einschränkung durch den Richter Veranlassung geben.

Aus § 75 Abs. 1 II folgt:

Der Prinzipal geht auch dann nicht seiner Rechte aus der Konkurrenzklausel verlustig, wenn er aus einem erheblichen, von ihm nicht verschuldeten Anlaß das Dienstverhältnis durch Kündigung auflöst, oder wenn er nach erfolgter Kündigung dem Handlungsgehilfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortbezahlt.

Zunächst soll hier der Fall behandelt werden, wo die Auflösung des Dienstverhältnisses durch *Kündigung* seitens des *Gehilfen* infolge vertragswidrigen Verhaltens des Prinzipals

[1]) s. RGE. in Bd. 20 S. 107; *Bolze* Bd. 16 Nr. 389, Bd. 5 Nr. 598, 599, 600; OLG. Colmar v. 29. 11. 1896 in DJZ. 1897 S. 168.

stattfindet, und darnach die Frage erörtert werden, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn die Auflösung des Dienstverhältnisses durch die Kündigung des Prinzipals erfolgt. Denn diese beiden Fälle sind bei vorliegender Frage zu unterscheiden.

I. Gibt der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Grund, das Dienstverhältnis gemäß den §§ 70, 71 aufzulösen, so kann der Prinzipal einen Anspruch aus der Konkurrenzklausel überhaupt nicht geltend machen. Auf die hierbei auftauchende Frage, was unter vertragswidrigem Verhalten zu verstehen sei, gibt § 75 selbst die Antwort durch die Bezugnahme auf die §§ 70, 71, d. h. nicht jedes vertragswidrige Verhalten des Prinzipals ist ausreichend dafür, den Gehilfen von der in der Konkurrenzklausel übernommenen Verpflichtung zu befreien. Der § 70 HGB. gibt beim Vorliegen eines wichtigen Grundes jedem Vertragsteile das Recht, das Dienstverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. Ob im gegebenen Falle ein solcher Grund vorliegt, hat der Richter nach freiem Ermessen zu bestimmen, wobei die vom Gesetz im § 71 aufgeführten wichtigen Gründe regelmäßig als solche in Betracht zu kommen haben.[1]) Von den im § 71 besonders hervorgehobenen Gründen kommen für unsere Frage folgende in Betracht:

1. wenn der Prinzipal den Gehalt oder den gebührenden Unterhalt nicht gewährt;

2. wenn der Prinzipal den ihm nach § 62 obliegenden Verpflichtungen nachzukommen sich weigert;

3. wenn sich der Prinzipal Tätlichkeiten, erhebliche Ehrverletzungen oder unsittliche Zumutungen gegen den Handlungsgehilfen zuschulden kommen läßt oder es verweigert, den Handlungsgehilfen gegen solche Handlungen eines anderen Angestellten oder eines Familienangehörigen des Prinzipals zu schützen.

Steiner[2]) hat mit Recht darauf hingewiesen, daß durch die Heranziehung des § 62 HGB. durch die Ziff. 3 des § 70 HGB. zu den wichtigen Auflösungsgründen dem Gehilfen das Recht zur vorzeitigen Lösung des Dienstverhältnisses in ganz außerordentlicher Weise erweitert und erleichtert worden ist, und die für den

[1]) Sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen.

[2]) Steiner a. a. O. S. 15, 16.

Prinzipal bestehende Gefahr, seiner Ansprüche aus der Klausel infolge einer Pflichtverletzung verlustig zu gehen, sei um so größer, als die ihm in dieser Vorschrift auferlegten Verpflichtungen ihrer Natur nach äußerst dehnbar sind und außerdem infolge des ihnen zukommenden öffentlichen Interesses nicht durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden können.[1]) Erwähnt muß hierbei jedoch der Umstand werden, daß auf Grund der bloßen, vorsätzlichen oder fahrlässigen Nichtbeachtung der dem Prinzipal nach § 62 obliegenden Verpflichtungen der Gehilfe allerdings kein Recht zur fristlosen, vorzeitigen Lösung des Dienstverhältnisses hat. Ihm steht das Recht erst dann zu, wenn der Prinzipal trotz Aufforderung seinen Verpflichtungen aus § 62 HGB. nicht nachkommt. Denn von einer Weigerung im Sinne des § 71 Ziff. 3 kann nur dann die Rede sein, wenn der Prinzipal vom Gehilfen zuvor um Beseitigung der Mißstände angegangen worden ist.[2])

Die Aufzählung der wichtigen Gründe im § 71 soll, wie schon aus dem Wortlaute des Gesetzes hervorgeht, das dahin lautet: „namentlich sind die aufgeführten Gründe als wichtige anzusehen", nicht erschöpfend sein, vielmehr sind die genannten Gründe, was schon auf S. 47 betont wurde, nicht immer und unter allen Umständen bindend für den Richter, da besonders geartete Fälle event. eine andere Beurteilung rechtfertigen können.[3]) Dazu genügt ein wichtiger Grund allein noch nicht, um die Unwirksamkeit der Klausel herbeizuführen. Es muß vielmehr auch ein ursächlicher Zusammenhang zwischen vertragswidrigem Verhalten und dem wichtigen Grunde vorliegen.[4]) Über die Entscheidung der Frage, welche rechtliche Bedeutung die §§ 70, 71 im Zusammenhange mit dem § 75 enthalten, herrscht in der Literatur und Rechtsprechung lebhafte Meinungsverschiedenheit. Ein Streitpunkt ist folgender:

---

[1]) Tiedemann a. a. O. S. 112.

[2]) s. Kommissionsbericht über den Entwurf des HGB. S. 34; Makower a. a. O. zu § 71 III S. 123; Goldmann a. a. O. zu § 71 Anm. 1 III S. 346; Horrwitz a. a. O. S. 154; Fuld a. a. O. S. 82; Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 71 Anm. 4 S. 446 und Staub a. a. O. zu § 71 S. 327 vertreten den Standpunkt, daß bei schreienden Mißständen eine Aufforderung nicht nötig sei.

[3]) § 71 Abs. 1 Satz 1 HGB.

[4]) s. Staub a. a. O. zu § 75 Anm. 2 S. 342.

Muß der Handlungsgehilfe, wenn ihm der Prinzipal durch ein vertragswidriges Verhalten die Fortsetzung des Dienstverhältnisses unmöglich gemacht hat, um dem Prinzipal die diesem aus der Konkurrenzklausel zustehenden Rechte zu entziehen, außerordentlich, d. h. ohne Einhaltung der gesetzlichen oder vereinbarten Kündigungsfrist, kündigen oder genügt es, wenn er den wichtigen Grund unter Beobachtung der Kündigungsfrist geltend macht oder die von vornherein vereinbarte Beendigung des Dienstverhältnisses abwartet. Die erste Ansicht vertreten insbesondere Düringer-Hachenburg und Cosack und in der Rechtsprechung der II. Zivilsenat des Reichsgerichts in einer Entscheidung v. 22. 1. 1904. So erklären Düringer-Hachenburg[1]): Es sei nicht notwendig, daß der Handlungsgehilfe auch tatsächlich auf Grund eines infolge vertragswidrigen Verhaltens vorliegenden wichtigen Kündigungsgrundes das Dienstverhältnis auflöse; der Anspruch des Prinzipals aus der Klausel sei auch dann verwirkt, wenn beim Vorliegen des vertragswidrigen Verhaltens unter Beobachtung einer Kündigungsfrist gekündigt worden sei oder der Vertrag ohne Kündigung sein Ende erreiche.

Cosack[2]) ist der Ansicht, der Gehilfe könne im Dienste bleiben und brauche den Prinzipal nicht einmal darauf aufmerksam zu machen, daß ein vertragswidriges Verhalten vorliege und demnach die Konkurrenzklausel hinfällig sei. Mit dieser Ansicht übereinstimmend sagt die erwähnte Reichsgerichtsentscheidung[3]):

„Der Wortlaut des § 75 Abs. 1 HGB. verlangt nur einen Grund, der zum Dienstaustritte berechtigt, nicht auch, daß der Handlungsgehilfe von diesem Grunde sofort Gebrauch mache, er findet vielmehr auch dann Anwendung, wenn der Handlungsgehilfe auf jenen Grund hin unter Einhaltung der Kündigungsfrist den Dienst verlassen hat. Allerdings ist im Falle nicht sofortigen Austritts stets zu prüfen, ob nicht in dem Verbleiben im Dienste eine Verzeihung der Vertragswidrigkeit gefunden

[1]) s. Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 75 Anm. 1 S. 467.

[2]) s. Cosack a. a. O. zu § 19 IX, 4 S. 98; ebenso Makower a. a. O. zu § 75 Anm. Ia, 1 S. 23.

[3]) RGE. in JurW. 1904 S. 149 [23].

werden kann. Ferner kommt es nicht darauf an, ob der betreffende Grund für den Austritt gerade entscheidend gewesen ist; es genügt vielmehr, daß er den Handlungsgehilfen zum Austritt objektiv berechtigte, und es ist deshalb unerheblich, ob andere Umstände den Handlungsgehilfen veranlaßt haben, von diesem seinem Rechte Gebrauch zu machen".[1])

Die Ansicht Staubs[2]) und Goldmanns,[3]) der Hauptvertreter der entgegengesetzten Meinung, geht dahin, es müsse ein in dem vertragswidrigen Verhalten des Prinzipals begründeter wichtiger Grund zur einseitigen Auflösung des Dienstverhältnisses vorliegen, und es müsse der Handlungsgehilfe unter Berufung auf den wichtigen Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Dienstverhältnis gelöst haben, um die Rechtsvorteile des § 75 Abs. 1 Satz 1 HGB. zu erlangen. Zustimmend zu dieser Ansicht hat sich das Oberlandesgericht Frankfurt a. M.[4]) dahin geäußert: „Des Anspruchs aus der Konkurrenzklausel geht der Prinzipal nur dann verlustig, wenn das Vertragsverhältnis von dem Handlungsgehilfen aus einem seinem Ermessen nach wichtigen Grunde auch wirklich ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gelöst wird".

M. E. verdient die in einer Entscheidung des sächsischen Oberlandesgerichtes in Dresden[5]) vertretene mittlere Meinung den Vorzug sowohl vor der Ansicht Düringer-Hachenburgs und Cosacks als auch vor der von Staub und Goldmann vertretenen Meinung. Sie lautet dahin: „Der Handlungsgehilfe muß wegen eines wichtigen Grundes im Sinne der §§ 70, 71 HGB. durch seine Kündigung aus dem Geschäfte des Prinzipals geschieden sein. Gleichgültig ist aber, ob er eine Kündigungsfrist einhält oder nicht".

Diese Ansicht findet zunächst im Wortlaute des Gesetzestextes eine Stütze. § 70 sagt: „Das Dienstverhältnis kann ohne Ein-

---

[1]) s. auch RGE. im Recht 1906 S. 387 und OLG. Posen v. 8. 11. 1903 in OLG. Bd. 8 S. 96.

[2]) Staub a. a. O. zu § 75 Anm. 2.

[3]) Goldmann a. a. O. zu § 75 Anm. 1 I, 1 S. 363; ebenso Lehmann-Ring a. a. O. zu § 75 Nr. 2 S. 182.

[4]) OLG. Frankfurt a. M. im Recht 1902 S. 616.

[5]) s. Annalen des Kgl. Sächs. OLG. Bd. 25 S. 218.

haltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden", und im § 71 heißt es: „Ein wichtiger Grund, der ... zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt". Das Gesetz läßt daher die von dem Oberlandesgericht Dresden erfolgte Auslegung zu, es darf wahlweise mit oder ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Weiter entspricht diese Ansicht auch am meisten dem Willen des Gesetzgebers, den wirtschaftlich schwachen Handlungsgehilfen durch die Aufstellung des § 75 Abs. 1 Satz 1 zu stärken. Denn wollte man der Ansicht Staubs und Goldmanns folgen, so würde die Folge sein, daß der Handlungsgehilfe nur gegen sofortige Aufgabe seiner Stellung die Konkurrenzklausel hinfällig machen könnte, und bei den jetzigen wirtschaftlichen Verhältnissen müßte er dann längere Zeit ohne Verdienst nach einer neuen Stelle sich umsehen, ein Zustand, der zumal bei älteren und verheirateten Gehilfen unmöglich dem Willen des Gesetzgebers entsprechen kann.

Die Ansicht Cosacks würde sich als eine große Härte gegen die Interessen der Prinzipale darstellen und eine große Rechtsunsicherheit zwischen den Vertragsparteien schaffen, deren Folge zahllose auf die Feststellung der Gültigkeit der Kündigungsgründe gerichtete Prozesse sein würden.[1]) Der Prinzipal müßte eigentlich nie, ob er durch die Konkurrenzklausel geschützt sei oder nicht. Er müßte stets gewärtig sein, daß der Gehilfe sich auf einen während der Dauer des Dienstverhältnisses existent gewordenen Kündigungsgrund im Sinne des § 75 Abs. 1 Satz 1 lediglich zu berufen brauche, um sich nach der Auflösung des Dienstverhältnisses der Verpflichtung aus der Klausel zu entziehen.[2])

Demnach wird man in Anlehnung an die vorhin erwähnte Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden verlangen können, daß der Prinzipal, um der Rechtsunsicherheit vorzubeugen, vom Handlungsgehilfen auf sein vertragswidriges Verhalten aufmerksam gemacht werden muß, wenn die Konkurrenzklausel hinfällig werden soll. Das Dienstverhältnis auch tatsächlich sofort zu kündigen braucht der Handlungsgehilfe nicht. Unterläßt der Gehilfe den

[1]) s. Lehmann-Ring a. a. O. zu § 75 Nr. 2 S. 182.

[2]) Dies behauptet Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 75 Anm. 1 S. 467.

genannten Hinweis, so liegt darin unter Umständen eine Verzeihung der Vertragswidrigkeit und eine stillschweigende Erneuerung der hinfällig gewordenen Konkurrenzklausel.[1]) Durch die Beachtung der hier vertretenen Ansicht ist endlich auch das Fortkommen des Handlungsgehilfen nicht erschwert, vielmehr gesichert; er kann in seiner alten Stellung noch verbleiben und sich inzwischen eine neue Erwerbsquelle suchen.[2])

II. Nach § 75 Abs. 1 Satz 1 geht der Prinzipal seiner Rechte aus der Klausel dann verlustig, wenn *er* das Dienstverhältnis *kündigt*, es sei denn, daß ein erheblicher Anlaß vorliegt, den er nicht verschuldet hat, oder daß während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehilfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortbezahlt wird. Zunächst ist hierbei darauf hinzuweisen, daß unter der Kündigung seitens des Prinzipals sowohl der Fall der regelmäßigen vertragsentsprechenden oder gesetzlichen Kündigung als auch der Fall der Auflösung des Dienstverhältnisses ohne Einhaltung der Kündigungsfrist im Sinne der §§ 70, 72 HGB. zu verstehen ist.[3]) Indessen steht der bloße Ablauf des Dienstverhältnisses, das für eine bestimmte Zeit eingegangen worden ist, der Kündigung nicht gleich. Der Prinzipal behält seine Rechte aus der Klausel selbst dann, wenn zu der nicht erfolgten Erneuerung ein Grund nicht vorhanden war.[4]) Der Prinzipal soll also in der Regel, wenn er dem Handlungsgehilfen aus Gründen kündigt, für welche dieser in keiner Weise verantwortlich zu machen ist, nicht verlangen können, daß derselbe ihm gegenüber die Verpflichtung aus der Konkurrenzklausel einhalte, ebenso wie auch dem Handlungsgehilfen, wenn die Kündigung von ihm ausgegangen war, nur dann die Unwirksamkeit der Klausel eintritt, wenn der Grund zur Kündigung in der Person des Prinzipals gelegen ist, während andere Kündigungsgründe für die rechtliche Wirksamkeit der Klausel belanglos sind. Was der Gesetzgeber unter „*erheblichem Anlaß*

---

[1]) s. *Düringer-Hachenburg* a. a. O. zu § 75 Anm. 1 S. 467; RGE. in Bd. 56 S. 373.

[2]) s. *Roßner* a. a. O. S. 42; *Reinshagen* a. a. O. S. 34.

[3]) s. *Steiner* a. a. O. S. 17, 18; *Cosack* a. a. O. § 19 S. 99.

[4]) s. *Goldmann* a. a. O. zu § 75 Anm. 1 II, 1 S. 363; *Reinshagen* a. a. O. S. 34; *Tiedemann* a. a. O. S. 114.

zur Kündigung" im § 75 Abs. 1 Satz 2 verstanden wissen wollte, hat er im Gesetz nicht erklärt. Selbstverständlich fallen, wie Reinshagen[1]) mit Recht ausführt, jedenfalls hierunter alle wichtigen Gründe im Sinne des § 70 HGB., auf Grund deren der Prinzipal ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen berechtigt ist. Darnach würde dem Prinzipale insbesondere auf Grund der im § 72 aufgezählten Gründe, die den in § 71 aufgezählten entsprechen, das Recht zustehen, den Handlungsgehilfen unter Umständen sofort entlassen zu können, ohne seiner Rechte aus der Klausel verlustig zu gehen. Voraussetzung ist aber hierbei, daß die Gründe von ihm nicht verschuldet sein dürfen.

Als wichtige Gründe sind unter der Voraussetzung, daß nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen, insbesondere, wie § 72 sagt, anzusehen:

1. wenn der Handlungsgehilfe im Dienste untreu ist oder das Vertrauen mißbraucht oder die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung verletzt;

2. wenn er seinen Dienst während einer den Umständen nach erheblichen Zeit unbefugt verläßt oder sich beharrlich weigert, seinen Dienstverpflichtungen nachzukommen;

3. wenn er durch anhaltende Krankheit, durch eine längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit an der Verrichtung seiner Dienste verhindert wird;

4. wenn er sich Tätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Prinzipal oder dessen Vertreter zuschulden kommen läßt.

Abweichend von den Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 des § 75 ist hier nicht ein vertragswidriges Verhalten erforderlich, insbesondere nicht ein solches, das zur sofortigen Aufhebung des Vertragsverhältnisses berechtigt.[2]) Der erhebliche Anlaß braucht nicht ein wichtiger Grund zur sofortigen Entlassung zu sein, es genügt, wenn es ein Grund ist, der nach vernünftiger kaufmännischer Erwägung einen erheblichen Anlaß zur Kündigung des Dienstverhältnisses bildet.[3]) Auch in diesem Punkte hat demnach der

[1]) a. a. O.

[2]) s. OLG. Cöln v. 2. 3. 1904 in OLG. Bd. 8 S. 388; ebenso Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 75 Anm. 2 S. 467.

[3]) s. OLG. Hamburg in OLG. Bd. 8 S. 87; Staub a. a. O. zu § 75 Anm. 3 S. 342.

Richter nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob gemäß den im Handelsverkehr herrschenden Anschauungen und Gebräuchen ein erheblicher Anlaß vorliegt oder nicht. Einen Anhaltspunkt gibt dem Richter hierbei der Kommissionsbericht, der in dieser Beziehung ausführt: Kündigt der Prinzipal, so können die Vertragsverhältnisse immerhin sehr verschieden liegen. Es kann das einfache souveräne Belieben des Prinzipals die Ursache der Lösung des Vertragsverhältnisses sein; es kann aber auch eine wohlbegründete Unzufriedenheit mit den Leistungen des Handlungsgehilfen auf seiten des Prinzipals vorhanden sein, ohne daß der Prinzipal in der Lage ist, dem Richter darzutun, daß er berechtigt ist, auf Grund der §§ 69, 70 = 70, 72 des jetzigen Handelsgesetzbuches, das Vertragsverhältnis zu lösen, ohne daß ein erheblicher Anlaß zur Kündigung vorliegt.[1]) Andere Anhaltspunkte für die Beurteilung eines erheblichen, nicht vom Prinzipale verschuldeten Anlasses geben die zahlreichen Entscheidungen der Rechtsprechung zu diesem Punkte. Einige sollen hier hervorgehoben werden. So wird m. E. regelmäßig, wie das Oberlandesgericht Frankfurt a. M. durch Urteil v. 22. 3. 1907[2]) entschieden hat, die Aufgabe fingierter Aufträge einen erheblichen Anlaß für die Kündigung im Sinne des § 75 HGB. bilden. Ebenso wird in dem Umstande, daß ein Angestellter eine Verbindung mit einem Dritten angebahnt hat wegen Übernahme des Vertriebes von Erzeugnissen, welcher bisher durch den Prinzipal des Angestellten erfolgt ist, ein erheblicher Anlaß im Sinne des § 75 Abs. 1 Satz 2 zu erblicken sein.[3])

Daß der erhebliche Anlaß vom Prinzipal nicht verschuldet zu sein braucht, ist offenbar. Denn Voraussetzung der Wirksamkeit der Konkurrenzklausel nach § 75 Abs. 1 Satz 2 ist vielmehr nur, daß den Prinzipal kein Verschulden trifft. Dies wird z. B. dann der Fall sein, wenn ein Staatsmonopol im Geschäftszweige des Prinzipals unerwartet eingeführt wird oder eine Überschwemmung, ein Brandfall[4]) dem Prinzipal die Fortführung seines Geschäftes

[1]) s. Hahn-Mugdan a. a. O. S. 569.

[2]) OLG. Frankfurt im Recht 1907 11. Jahrg. S. 1273 Ziff. 3205.

[3]) s. RGE. III. Zivils. v. 10. 12. 1907 im Recht 12. Jahrg. 1908 Beilage 2 S. 103 Ziff. 606.

[4]) s. Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 75 Anm. 2 S. 467.

eine geraume Zeit unmöglich macht, oder wenn ein allgemeiner Niedergang der Konjunktur den Geschäftsherrn zur Geschäftsverringerung und Personalsverminderung zwingt. Alle diese Fälle werden sich als erhebliche, unverschuldete Anlässe darstellen, während die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Dienstherrn Zweifel entstehen läßt, ob dies ein erheblicher, unverschuldeter Anlaß ist. In vielen Fällen wird dies Tatfrage sein und nicht ohne weiteres bejaht werden können.[1]) Ist der erhebliche Anlaß sowohl vom Prinzipal wie vom Handlungsgehilfen verschuldet, wie dies oft bei Streitigkeiten und gegenseitigen Beleidigungen der Fall sein wird, so findet keine culpa compensatio nach § 254 BGB. statt; eine Prüfung, inwieweit der Anlaß vorwiegend von dem einen oder anderen Teile verschuldet worden ist, hat nicht einzutreten. Denn der Prinzipal hat zu beweisen, daß ein erheblicher, von ihm nicht verschuldeter Anlaß vorliegt, wie sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt;[2]) ein Nachweis, daß beim Handlungsgehilfen auch Verschulden vorliegt, braucht vom Prinzipal nicht geführt zu werden. Wenn daher der erste Beweis mißlingt, kann er Ansprüche aus der Konkurrenzklausel nicht geltend machen.[3])

Der Vorteil, der sich aus dieser Vorschrift für den Handlungsgehilfen ergibt, besteht also darin, daß er sich einfach darauf berufen kann, der Prinzipal hat mir gekündigt, daher bin ich an meine durch die Konkurrenzklausel übernommene Verpflichtung nicht gebunden.

---

[1]) s. RGE. v. 29. 9. 1903 in JurW. 1903 S. 389, 20; ebenso Staub a. a. O. zu § 75 Anm. 3 S. 342 und Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 75 Anm. 2 S. 468; entgegengesetzter Ansicht Horrwitz a. a. O. S. 155, der im Konkurse immer ein Verschulden erblickt wissen will.

[2]) s. RGE. v. 29. 9. 1903 in JurW. 1903 S. 389, 20; Staub a. a. O. zu § 75 Anm. 3 S. 343; Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 75 Anm. 2 S. 468.

[3]) s. Reinshagen a. a. O. S. 35; RGE. Bd. 56 S. 374; Staub a. a. O. zu § 75 Anm. 3 S. 342; Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 71 Anm. 6 S. 447; anders ist die Frage im österr. Gesetzentwurf betr. die Regelung des Dienstverhältnisses der Handelsangestellten in Art. 65 Abs. 3 geregelt. Dort heißt es: „Trifft beide Teile ein Verschulden an der vorzeitigen Auflösung des Dienstverhältnisses, so hat das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden usw."

Ausgehend von dem Gedanken, daß Handlungsgehilfen, die günstige Anstellungsbedingungen in Aussicht haben, auf den Gedanken verfallen könnten, durch fortgesetzte kleine Schikanen und durch passiven Widerstand den Prinzipal zu zwingen, dem Gehilfen zu kündigen und so auf die Rechte aus der Konkurrenzklausel zu verzichten, weil er gleichwohl nicht in der Lage wäre, einen erheblichen Anlaß zur Kündigung nachzuweisen,[1]) hat das Handelsgesetzbuch in Abs. 1 Satz 2 des § 75 dem Prinzipal in den Fällen, wo eine Kündigung seinerseits vorliegt, ohne daß ihm ein erheblicher, von ihm nicht verschuldeter Anlaß zur Seite steht, trotzdem die Möglichkeit gegeben, die Wirksamkeit der Konkurrenzklausel aufrechtzuerhalten. Er kann sich seine Rechte aus der Klausel erhalten, nämlich dadurch, daß er „während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehilfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortbezahlt".[2]) Auf diese Weise ist, wie Tiedemann[3]) zutreffend bemerkt, dem Prinzipal die Möglichkeit gewährt, dem Risiko zu entgehen, das mehr oder weniger stets mit der Qualifikation eines Kündigungsanlasses als eines erheblichen, nicht selbst verschuldeten, verbunden ist, und ist er überhaupt in den Stand gesetzt, ein unhaltbar gewordenes Dienstverhältnis zu lösen, ohne sich hierdurch den folgenschweren Verlust seiner Ansprüche auf die Konkurrenzklausel zuzuziehen.

Andererseits ist auch das Interesse des Prinzipals, sich den Anspruch auf Konkurrenzenthaltung seitens des Gehilfen zu erhalten, oft größer als das Interesse, das Gehalt während der Dauer der Sperrzeit zu sparen.[4]) Den Interessen der Handlungsgehilfen ist ebenfalls durch die in Rede stehende Bestimmung gedient. Denn die Gehilfen erhalten unter allen Umständen das bisherige Gehalt sogar dann, wenn es ihnen gelungen ist, eine anderweite Beschäftigung mit Bezahlung zu erlangen.[5]) Dieses

---

[1]) s. Hahn-Mugdan a. a. O. S. 569; Kommissionsbericht S. 44.

[2]) HGB. § 75 Abs. 1 Satz 2 in fine.

[3]) Tiedemann a. a. O. S. 117.

[4]) s. Fuld, Das Recht der Handlungsgehilfen S. 96 und Fuld im Recht 12. Jahrg. 1908 Nr. 4 S. 169: Zur Frage der Konkurrenzklausel.

[5]) s. Staub zu § 75 Anm. 4 S. 343; Düringer-Hachenburg zu § 75 Anm. 3 S. 468.

wurde bereits in dem Kommissionsberichte über den Entwurf eines Handelsgesetzbuches hervorgehoben; es heißt dort: „Es wird ohne Widerspruch festgestellt, daß ein Abzug an dem bisherigen Gehalt nicht stattfinden darf, wenn der ausgeschiedene Handlungsgehilfe eine neue Stellung mit Bezahlung findet".[1]) Manche Schriftsteller heben hervor, daß es dieser letzten Bestimmung im § 75 Abs. 1 Satz 2 HGB. an praktischer Bedeutung fehle. Sie weisen darauf hin, daß der Prinzipal, wenn es ihm auf die Fortzahlung des Gehaltes nicht ankomme und er bereit sei, das Gehalt zu opfern, auch ohne diese Ausnahmebestimmung des § 75 Abs. 1 Satz 2 in der Lage ist, die gleiche Wirkung zu erzielen, also den Gehilfen tatsächlich der Konkurrenzklausel zu unterwerfen: er brauche nur die Kündigung hinauszuschieben, den Gehilfen aber während der betreffenden Zeit bis zur Kündigung nicht zu beschäftigen und so ihm die Gelegenheit zu vermindern, Dinge im Geschäftsbetriebe seines Prinzipals kennen zu lernen, gegen deren spätere Ausnutzung die Konkurrenzklausel schützen soll.[2])

Dieser Ansicht ist m. E. nicht beizupflichten. Zwar hat der Handlungsgehilfe nur ein Recht auf Gehalt, nicht auf Beschäftigung. Aber dadurch, daß der Prinzipal dem Handlungsgehilfen im einzelnen Falle längere Zeit die Arbeit versagt, wird er sich eines vertragswidrigen Verhaltens gegenüber dem Gehilfen schuldig machen, welches diesem Grund gibt, gemäß den §§ 75 Abs. 1 Satz 1, 70, 71 HGB. das Dienstverhältnis aufzulösen. Denn in einem solchen Verhalten des Prinzipals ist ein rechtsverletzendes Moment zu erblicken, indem durch die Versagung der Arbeit über eine kürzere Zeit und einen einzelnen Fall hinaus eine Vernichtung oder erhebliche Erschwerung der Arbeitsmöglichkeit für fernere Fälle vorliegt und durch diese die Arbeitsfreiheit tatsächlich unleidlich eingeengt wird. Es würde in einem solchen Falle der Arbeitsversagung durch den Prinzipal also eine Vernichtung

---

[1]) s. Hahn-Mugdan a. a. O. S. 569.

[2]) s. Herz, Konkurrenzklausel und Kündigung, in Holdheims Zeitschr. f. HR. 7. Jahrg. Nr. 4 S. 97—99; Reinshagen a. a. O. S. 35; Ritter in DJZ. 7. Jahrg. Nr. 15 S. 353; Tiedemann a. a. O. S. 117.

oder Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen in der Zukunft infolge mangelhafter Ausbildung vorliegen.[1])

Die Dauer der Weiterzahlung des Gehaltes ergibt sich entweder aus der Konkurrenzklausel selbst oder aus dem Urteile, das auf Grund des gemäß § 74 zu Recht bestehenden richterlichen Ermäßigungsrechtes erlassen worden ist.

Erwähnt sei, daß bei Erörterung der Frage, inwieweit eine Konkurrenzklausel rechtswirksam ist und wo sie beginnt, eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen zu werden, eine eventuelle vereinbarte Weiterzahlung des Gehaltes im Sinne des § 75 Abs. 1 Satz 2 außer Betracht zu bleiben hat. Denn man wollte, wie Fuld[2]) zutreffend bemerkt, durch die in Rede stehende Bestimmung die Verbindlichkeit der Konkurrenzklausel nicht über den Rahmen des § 74 hinaus erweitert sehen, sondern lediglich den Prinzipal vor einer schikanösen Ausnutzung des § 75 Abs. 1 seitens des Handlungsgehilfen schützen.

Ohne Zweifel bildet, da gemäß § 74 Abs. 2 die Beschränkung auf einen Zeitraum von mehr als drei Jahren nach der Beendigung des Dienstverhältnisses nicht erstreckt werden kann, dieser dreijährige Zeitraum die längste Dauer, während deren der Prinzipal sich durch fortgesetzte Gehaltszahlung die Rechte aus der Konkurrenzklausel erhalten kann.

Dagegen wird es trotzdem zulässig sein, nach Ablauf des Dienstverhältnisses selbst über den Zeitraum von drei Jahren hinaus eine längere Dauer der Konkurrenzklausel zwischen dem früheren Gehilfen und dem Prinzipal zu vereinbaren. In einem solchen Falle liegt aber dann keine Klausel im Sinne der Bestimmungen der §§ 74, 75 vor. Es kommen vielmehr, da dieser Vertrag bezüglich der Verlängerung der Fortzahlung des Gehaltes nach Auflösung des Dienstverhältnisses in einem Augenblicke geschlossen wurde, wo die Parteien einander nicht mehr als

[1]) s. Riezler im Arch. f. bürgerl. R., Berlin 1906, S. 245 (Arbeitskraft und Arbeitsfreiheit); Droysen a. a. O. S. 65; Grünberg, Der Entwurf eines Handlungsgehilfengesetzes, Manzscher Verlag Wien, S. 16: „Ein wichtiger Austrittsgrund ist dem Dienstnehmer auch dann gegeben, wenn der Dienstherr ihn ohne ausreichenden Grund durch erhebliche Zeit vertragsmäßig nicht verwendet".

[2]) s. Fuld a. a. O. S. 96.

Prinzipal und Handlungsgehilfe gegenüberstanden, die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches für diese Konkurrenzenthaltungsverträge zur Anwendung.[1])

Eine andere Frage ist, ob der Prinzipal einseitig die Zeitdauer bestimmen kann, innerhalb deren er sich die Rechte aus der Klausel durch Fortzahlung des Gehaltes sichern will. Steiner[2]) will bezüglich dieser Frage dem Prinzipal das Recht zugebilligt wissen, durch Kündigung unter Einhaltung der im früheren Dienstvertrage vereinbarten oder gesetzlichen Kündigungsfrist sich seiner Verpflichtung zur Fortzahlung des Gehaltes gegen Befreiung des Handlungsgehilfen von der Konkurrenzbeschränkung zu entledigen. Er begründet diese Ansicht damit, daß die analoge Anwendung der erwähnten Kündigungsfrist um deswillen gerechtfertigt erscheine, da in Wirklichkeit das Rechtsverhältnis während der Beschränkungsdauer bei Fortzahlung des Gehaltes sich als nichts anderes darstelle denn als die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unter Verzicht des Prinzipals auf die Dienste des Gehilfen. Diese Ansicht ist m. E. nicht haltbar. Gegen die Voraussetzung, auf die Steiner seine Ansicht stützt, daß „in Wirklichkeit das Rechtsverhältnis nichts anderes sei denn als eine Fortsetzung des früheren Dienstverhältnisses", spricht schon der Wortlaut des Gesetzes im § 74 Abs. 1 HGB. Dieser läßt doch deutlich erkennen, daß zum Begriffe der Konkurrenzklausel notwendigerweise die Beendigung des Dienstverhältnisses gehört, weshalb ein Grund für die analoge Anwendung der für das erloschene Dienstverhältnis maßgebend gewesenen Kündigungsfristen für das allein noch selbständig bestehen gebliebene Vertragsverhältnis zwischen dem Prinzipal und seinem früheren Handlungsgehilfen nicht anzuerkennen ist. Dann sprechen auch noch andere aus dem gesetzgeberischen Motiv der Aufstellung der

[1]) s. RGE. v. 15. 1. 1908 in DJZ. (1908) 13. Jahrg. S. 362; Reinshagen S. 36; Tiedemann S. 118; a. A. Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 75 Anm. 4 S. 468; Steiner a. a. O. S. 2; Staub a. a. O. zu § 75 Anm. 4 S. 343.

[2]) Steiner a. a. O. S. 22; ähnlich auch Fuld a. a. O. S. 97 und Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 75 Anm. 4 letzter Satz S. 468; Litthauer-Mosse a. a. O. zu § 75a S. 93.

§§ 74, 75 HGB. hergenommene Gründe gegen die Ansicht Steiners. Wäre dessen Meinung zutreffend, so müßte man dem Prinzipal das Recht zuerkennen, abzuwarten, bis der Gehilfe in einem Nichtkonkurrenzgeschäft eine Stelle gefunden hat, die er voraussichtlich so bald nicht aufgeben wird, um ihm dann die Entschädigung zu entziehen, die ihm das Gesetz dafür gewähren wollte, daß er bei seiner Tätigkeit in einem Nichtkonkurrenzgeschäfte mit einem geringeren Gehalt vorlieb nehmen muß.[1]) Diese Folge widerspricht dem Zwecke der §§ 74, 75 HGB.; sie würde den beabsichtigten „Schutz des wirtschaftlich schwachen Handlungsgehilfen" illusorisch machen. Durch Vereinbarung zwischen Prinzipal und seinem früheren Gehilfen kann indessen ohne Zweifel die Sperrzeit beliebig abgekürzt werden.

Die Ansicht Fulds,[2]) der einerseits behauptet, daß der Prinzipal, wenn er sich einmal zur Fortzahlung des Gehaltes für die Sperrzeit erklärt habe, hieran auch gebunden sei, andererseits hingegen erklärt: ist eine solche Erklärung nicht abgegeben, so stehe es in dem freien Ermessen des Prinzipals, ohne weiteres die Fortzahlung des Gehaltes jederzeit einzustellen, ist aus demselben Grunde, der an letzter Stelle gegen die Ansicht Steiners angeführt wurde, m. E. unhaltbar.

Der Prinzipal wird also, um seine Rechte aus der Klausel zu erhalten, nur eine dahinlautende Erklärung abzugeben haben, daß er die Konkurrenzklausel durch Fortzahlung des Gehaltes aufrechterhalten wolle, d. h. solange die Beschränkung nach dem Vertrage oder nach richterlicher Auslegung oder nach richterlicher Ermäßigung der zeitlichen Grenzen des Vertrages dauert. Eine einseitige Abkürzung und Verlängerung der Sperrzeit ist ihm nicht eingeräumt.[3]) Seine Absicht, ob er zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Klausel dem Gehilfen das Gehalt fortzahlen oder seine Ansprüche, wenn er durch Kündigung die Beendigung

---

[1]) s. Reinshagen a. a. O. S. 36; Goldmann a. a. O. zu § 75 Anm. 1b S. 364; Staub a. a. O. zu § 75 Anm. 4 S. 343; Tiedemann a. a. O. S. 120.

[2]) s. Fuld a. a. O. S. 97.

[3]) s. Staub a. a. O. zu § 75 Anm. 4 S. 343.

des Dienstverhältnisses herbeiführt, verlieren wolle, muß der Prinzipal sofort bei der Kündigung erklären. Anderenfalls bliebe der Handlungsgehilfe von der Kündigung des Dienstverhältnisses an bis zum Zeitpunkte der ersten nach Beendigung des Dienstverhältnisses fälligen Gehaltsrate in Ungewißheit über die Fortdauer seiner Verpflichtung aus der Konkurrenzklausel und wäre so auf eine ungewisse Zeit in der Freiheit beschränkt, sich eine ihm vorteilhaft erscheinende Stellung zu sichern; er wäre also ohne ersichtlichen Grund benachteiligt, während das Gesetz ihn gegen Nachteile schützen will.[1]) Gibt demnach der Prinzipal die diesbezügliche Erklärung nicht ab, so ist der Gehilfe von der Konkurrenzklausel befreit, gibt der Prinzipal sie ab, so ist der Gehilfe gebunden. Erklärt der Prinzipal sich bloß bereit zur Fortzahlung, zahlt aber das Gehalt nicht weiter, so wird der Handlungsgehilfe frei[2]) oder es steht ihm ein klagbarer Anspruch auf die Fortzahlung des Gehaltes zu. Kommt der Prinzipal mit der Fortzahlung des Gehaltes in Verzug, so stehen dem Handlungsgehilfen die Rechte aus § 326 BGB. zu, er kann dem Prinzipal zur Bewirkung der Zahlung der unterbliebenen Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Gehaltszahlung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablauf der Frist ist der Gehilfe berechtigt, von dem säumigen Prinzipal Schadensersatz wegen Nichterfüllung der übernommenen Verbindlichkeit zu verlangen oder von der die Konkurrenzklausel enthaltenden Vereinbarung zurückzutreten. Hat die Fortzahlung des Gehaltes infolge des Verzuges des Prinzipals für den Gehilfen kein Interesse, so wird gemäß § 326 Abs. 2 BGB., ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf, der

[1]) s. Reinshagen a. a. O. S. 39; Fuld a. a. O. S. 97; Ritter in DJZ. 7. Jahrg. S. 353; Goldmann a. a. O. zu § 75 Anm. 1b S. 364; Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 75 Anm. 4 S. 468; RGE. v. 1. 11. 1904 Bd. 59 S. 128; OLG. Cöln v. 2. 3. 1904 in OLG. Bd. 8 S. 387; abweichend Lehmann-Ring a. a. O. zu § 75 Nr. 3 S. 182.

[2]) Dagegen kann der Handlungsgehilfe sein Zuwiderhandeln gegen eine Klausel nicht damit rechtfertigen, daß der Prinzipal seine Verpflichtung zur Rechnungslegung und Provisionszahlung aus dem früheren Dienstvertrage nicht erfüllt hat. RGE. v. 13. 3. 1903 Bd. 54 S. 123; Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 4 S. 338.

Handlungsgehilfe von der ihm durch die Klausel auferlegten Verpflichtung frei.[1])

Im Anschlusse an die Erörterung des § 75 Abs. 1 Satz 2 ist in der Literatur die Frage aufgeworfen worden, was unter dem Worte „Gehalt" zu verstehen sei.

Steiner[2]) erörtert diese Frage eingehend und kommt, weil einmal der Gesetzgeber ganz bestimmt das Wort „Gehalt" gewählt habe und dieses Wort eine an sich unbestrittene Bedeutung, nämlich die eines festen Lohnbezuges, habe, zu dem Ergebnis, daß Tantiemen und Provisionen nicht unter Gehalt mitzuverstehen seien, zumal auch Tantiemen und Provisionen als Nebenbezüge in einem gewissen Gegensatze zum Gehalt als festem Hauptbezug ständen. Ferner weist Steiner zur Begründung seiner Ansicht auf die Entstehungsgeschichte der in Rede stehenden gesetzlichen Bestimmung hin, daß nämlich bei der Beratung zuerst vorgeschlagen war, dem Handlungsgehilfen während der Sperrzeit nur einen Bruchteil des Gehaltes zu gewähren. Das Gesetz selbst wäre weiter gegangen und hätte die Fortzahlung des ganzen Gehaltes zur Voraussetzung der Aufrechterhaltung der Konkurrenzklausel gemacht, ohne dabei jedoch der als Nebenbezüge oft vorkommenden Tantiemen und Provisionen zu gedenken. M. E. verdient gegenüber dieser Ansicht Steiners die Meinung Staubs[3]) den Vorzug, wonach es bei zweckentsprechender Anwendung des Gesetzes richtiger sein dürfte, unter „Gehalt" einen Betrag zu verstehen, wie er den letzten vom Handlungsgehilfen bezogenen Bezügen entspricht, d. h. Tantiemen und Provisionen werden auch hierzu zu rechnen sein. In den Fällen, in denen der Umfang der Bezüge nicht fest bestimmt ist, z. B. bei gegen Tantieme angestellten Abteilungsvorstehern eines Warenexporthauses, wird deren durchschnittliche Höhe während der letzten Zeit, event. des letzten Jahres vor der Beendigung des Dienstverhältnisses darunter zu verstehen sein.[4]) Für die hier vertretene Ansicht spricht auch

[1]) s. Goldmann a. a. O. zu § 75 Anm. 1 S. 364, 365.
[2]) Steiner a. a. O. S. 24, 25.
[3]) Staub a. a. O. zu § 75 Anm. 4 S. 343.
[4]) s. Tiedemann a. a. O. S. 125.

folgender Umstand: In der Reichstagskommission, auf deren Beschluß die ganze Bestimmung bezüglich der Fortzahlung des Gehaltes zurückzuführen ist, war bei dem zuerst in dieser Sache gestellten Antrage, der dem Handlungsgehilfen die Hälfte des bisherigen Gehaltes zubilligen wollte, ausdrücklich hinzugefügt worden, daß als Gehalt im Sinne dieser Bestimmungen auch Tantiemen und Naturalbezüge gelten sollten.[1]) Deshalb ist es m. E. verfehlt, wenn Steiner lediglich daraus, daß ursprünglich nur die Hälfte des Gehaltes gewährt werden sollte und nachher bezüglich der Definition des Wortes Gehalt nichts gesagt worden ist, ein Beweismoment für seine Ansicht herleiten will, zumal auch trotz der lebhaften Erörterungen, welche bei den Beratungen über die hier fragliche Bestimmung gepflogen worden sind, gegen die genannte Auslegung des Begriffs „Gehalt" in der Reichstagskommission kein Widerspruch erhoben worden ist.[2]) Die Ansicht Steiners dürfte endlich dem Willen des Gesetzgebers kaum entsprechen, da eine Aufrechterhaltung einer Klausel gegenüber einem nur gegen Provision oder Tantieme, mögen beide auch noch so hoch sein, angestellten Gehilfen auf keine Art und Weise für den Prinzipal möglich wäre.

Nach § 75 Abs. 3 HGB. sind Vereinbarungen, welche den Vorschriften des § 75 Abs. 1 zuwiderlaufen, nichtig.

§ 5.

Zuwiderhandlungen gegen die Konkurrenzklausel seitens des Handlungsgehilfen und deren Folgen.

Ist eine gültige und verbindliche Konkurrenzklausel abgeschlossen, so entsteht weiter die Frage, wann eine Verletzung der Klausel stattfindet und welche Folgen sich daran anschließen. Da durch die Vereinbarung der Klausel eine negative Verbindlichkeit, d. h. ein Schuldverhältnis begründet wird, bei welchem die ge-

[1]) Hahn-Mugdan a. a. O. S. 564.

[2]) s. Goldmann a. a. O. zu § 75 Anm. 1 S. 365; Lehmann-Ring a. a. O. zu § 75 Nr. 3 S. 182; Tiedemann a. a. O. S. 122, 123; entgegengesetzter Meinung Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 75 Anm. 5 S. 468; Makower a. a. O. zu § 75, 1b S. 232; Reinshagen a. a. O. S. 36–38.

schuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, so ist eine Verletzung der Konkurrenzklausel durch den Handlungsgehilfen dann anzunehmen, wenn er durch sein Verhalten während der Sperrzeit die vertragsmäßige Erreichung des Obligationszweckes vereitelt oder gefährdet.[1]) Ob und worin eine solche Vereitlung oder Gefährdung der in der Klausel enthaltenen Verpflichtung besteht, darüber lassen sich bei dem mannigfachen Inhalt und der verschiedenen Tragweite der einzelnen Klauseln bestimmte Vorschriften nicht aufstellen, zumal auch im Handelsgesetzbuch eine besondere hierfür maßgebende Regelung fehlt. Darnach kommt es für die Beurteilung der Frage, ob eine gültige Klausel übertreten sei, vorzüglich auf die Auslegung der betreffenden Klausel und die Würdigung der individuellen Verhältnisse des Einzelfalles an. Zu berücksichtigen ist hierbei die dem Richter in den §§ 133, 157 BGB. gegebene Anweisung, bei Beurteilung und Auslegung solcher Verträge nicht an dem buchstäblichen Sinne zu haften, vielmehr das Augenmerk auf die Erforschung des wirklichen Willens der Parteien und der Verkehrssitte zu richten. Ferner ist, da es sich bei den Verträgen mit Konkurrenzklausel sehr oft zeigt, daß der Prinzipal allein einen Vorteil daraus zieht, bei der vorhin erwähnten Prüfung der schon im römischen Rechte in der l. 9, 56, 192 Dig. de regulis juris 50, 17 und im ALR. I, 5 §§ 267, 268 aufgestellte Grundsatz nicht außer acht zu lassen, daß die Auslegung bei zweifelhaften Erklärungen nicht einseitig zum Vorteile dessen zu erfolgen hat, welcher aus dem Vertrage ein Recht auf eine ihm vorteilhafte Leistung herleitet.[2])

Diesen Standpunkt, daß eine ausdehnende Auslegung zugunsten des aus dem Vertrage Berechtigten nicht eintreten solle, hat auch das Reichsgericht schon in früheren Entscheidungen vertreten, namentlich dann, wenn es sich um Verträge handelte, bei denen eine Konventionalstrafe für den Fall der Übertretung vereinbart worden war. So lautet eine Entsch. d. III. Zivils. d. RG. v. 25. 2. 1890 dahin: „Strafstipulationen dürfen nicht ausdehnend

[1]) s. Lehmann a. a. O. S. 166, 167.
[2]) Danz a. a. O. S. 95 ff.

ausgelegt werden",[1]) und in neuerer Zeit hat das Reichsgericht[2]) entschieden:

„Das in der Klausel enthaltene Verbot darf nicht auf die Fälle ausgedehnt werden, welche nicht unter den Wortlaut des Vertrages fallen; es darf nicht in einer an sich nicht gegen die Klausel verstoßenden Handlungsweise des Gehilfen gleichwohl eine Übertretung erblickt werden lediglich deshalb, weil, wenn jene Parteien beim Vertragsschlusse daran gedacht hätten, eine solche Form der Übertretung mit in das Verbot der Klausel ausdrücklich eingeschlossen worden wäre".[3])

Die Befolgung dieser Leitsätze bei der Frage, ob eine Konkurrenzklausel übertreten ist oder nicht, darf andererseits aber nicht zur Außerachtlassung des obersten Grundsatzes der Vertragsverhältnisse: „Pacta sunt servanda" führen.[4]) Sie soll nicht eine Begünstigung des Vertragsbruches zur Folge haben, zumal in der Jetztzeit mancherlei Manipulationen vorgenommen werden, um derartig gültige Konkurrenzklauseln zu umgehen.[5])

Die Rechtsprechung hat also in einer großen Anzahl älterer und jüngerer Entscheidungen eine Menge Anhaltspunkte bezüglich der Auslegung der Verträge im Falle, daß eine Übertretung oder Umgehung derselben zur Entscheidung stand, gegeben. Dies soll im folgenden durch die Aufführung einiger Übertretungsfälle und ihrer diesbezüglichen Entscheidung dargetan werden.

Zunächst bedarf die Frage einer Erörterung, wann die häufig vorkommende Beschränkung: „sich an einem Konkurrenzunternehmen nicht zu beteiligen" als übertreten zu erachten ist. Hierzu

---

[1]) RGE. Bd. 26 S. 163; Bolze Bd. 9 S. 245; Bolze Bd. 11 S. 353; OLG. Hamburg V. Zivils., Urteil v. 15. 1. 1904 in OLG. Bd. 8 S. 235.

[2]) RGE. in JurW. 1906 S. 336, 3 Spalte 2 Zeile 8—14; vgl. auch OLG. Karlsruhe in OLG. Bd. 1 S. 390, Urteil v. 27. 3. 1900 und RGE. in der Leipziger Zeitschr. 1907 S. 61.

[3]) Abweichend hiervon hat das RG. am 26. 5. 1908 dahin entschieden: Es ist nicht zutreffend, daß Konkurrenzklauseln nach anerkannter Rechtsprechung rechtsgrundsätzlich eher einschränkend als ausdehnend auszulegen seien (Recht 12 Jahrg. 1906 Beilage 2 S. 462 Ziff. 2623).

[4]) RGE. v. 6. 3. 1906 in JurW. 1906 S. 336.

[5]) s. Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 13 S. 463; Ritter in DJZ. 7. Jahrg. S. 351; Makower a. a. O. zu § 74 VII S. 230; Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 9.

bedarf es notwendigerweise zunächst einer Feststellung, was unter „sich an einem Konkurrenzunternehmen bezw. -geschäft zu beteiligen" zu verstehen ist.

Dem Sprachgebrauche entsprechend und der im Verkehr herrschenden Auffassung gemäß ist unter „Beteiligung" eine solche zu verstehen, welche sich durch Einsetzen der vollen Arbeitskraft, durch Einwerfen von Kapital, Immobilien, Apparaten, Warenvorräten usw. darstellt, und zwar mit dem Anspruche auf Teilnahme am Gewinn, gewöhnlich auch mit der Verpflichtung, den Verlust mitzutragen.[1]) Diesem Sinne des Wortes „Beteiligung" gemäß würde beim Vorliegen einer Klausel des obenerwähnten Inhaltes dem verpflichteten Handlungsgehilfen vorzugsweise eine solche Konkurrenzausübung verwehrt sein, welche in irgendeiner gesellschaftlichen Form auftritt oder der Ausfluß eines gesellschaftlichen Verhältnisses ist.[2]) Es würde demnach eine Übertretung der Klausel m. E. insbesondere dann vorliegen, wenn der Handlungsgehilfe den überwiegenden Teil des Aktienkapitales einer Aktiengesellschaft[3]) oder die Mehrzahl der Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welche Konkurrenzunternehmungen des Geschäftes seines früheren Prinzipals sind, erwürbe oder sogar als stiller Gesellschafter an einem solchen Konkurrenzgeschäfte eines anderen sich beteiligte.

Hingegen würde eine Tätigkeit als Angestellter, insbesondere eine Beschäftigung gegen festen Lohn in einem Konkurrenzgeschäfte in der Regel nicht unter die verbotene Beteiligung fallen,[4]) vielmehr würde dieses Anstellungsverhältnis nur dann als eine „Beteiligung", und zwar als eine indirekte, anzusehen sein, wenn die neue Tätigkeit des Handlungsgehilfen außer mit festen Lohnbezügen noch mit einer Beteiligung am Gewinne bedacht wäre oder trotz der bloßen Stellung als Angestellter dennoch in einer

---

[1]) vgl. RGE. v. 9. 5. 1905 im Recht 1905 S. 534; Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 13 S. 540.

[2]) vgl. RGE. v. 4. 12. 1897 Bd. 40 S. 99 ff.; RGE. in JurW. 1902 Beilage 11 Nr. 150 S. 264.

[3]) Dernburg a. a. O. Bd. 2 zu § 103 I, 2 Anm. 7 S. 255.

[4]) s. OLG. Braunschweig v. 9. 2. 1906 in OLG. Bd. 12 S. 254, 255; RGE. v. 9. 5. 1905 im Recht 1905 S. 534.

wesentlichen Mitwirkung bezw. Leitung des Konkurrenzgeschäftes bestünde.[1])

Ist es dem Handlungsgehilfen verwehrt, während der Sperrzeit „im Handelszweige des Prinzipals Geschäfte zu machen", so werden darunter alle Geschäfte zu verstehen sein, welche der Prinzipal in seinem Betriebe betreibt, und zwar müssen m. E. solche Geschäfte auch tatsächlich Gegenstand des zu schützenden Gewerbebetriebes sein, nicht etwa solche, die lediglich nur im Handelsregister oder auf dem Firmenschild genannt sind.[2])

Regelmäßig werden unerlaubt sein solche Geschäfte, welche gewöhnlich in dem verbotenen Handelszweig geschlossen werden, ohne daß sie genau derselben Art, wie sie der berechtigte Prinzipal abschließt, sein müssen. Andererseits soll dem Handlungsgehilfen innerhalb des ihm verbotenen Geschäftszweiges nicht verwehrt sein, Kleinhandel zu beginnen und zu treiben, in dem sein früherer Prinzipal einen Großbetrieb unterhält, denn Großbetrieb und Kleinhandel unterscheiden sich so wesentlich voneinander, namentlich was den Geschäftsgang, Kundenkreis usw. anbelangt, daß von einem Wettbewerbe keine Rede sein kann.[3])

Wenn der Handlungsgehilfe versprochen hat, kein Konkurrenzgeschäft zu betreiben, so kann von einer Übertretung der Klausel nicht die Rede sein, wenn er einzelne Geschäfte in dem verbotenen Handelszweige abschließt. Sie liegt erst dann vor, wenn er eine dem Geschäfte seines Prinzipals gleichartige Handelsniederlassung eröffnet.

In ähnlicher Auslegungsart hat das Reichsgericht in einem Falle, der die Übertretung eines Verbotes, „Geschäftsgeheimnisse preiszugeben", betraf, entschieden:

„In der Mitteilung an eine beschränkte Zahl von Verkehrsinteressenten liegt noch keine Aufhebung des Geschäftsgeheimnisses".[4])

---

[1]) s. RGE. v. 4. 12. 1897 Bd. 40 S. 99; OLG. Hamburg v. 13. 7. 1908 im Recht 1908 Beilage 2 S. 558 Ziff. 3106; RGE v. 31. 3. 1909 Bd. 70 S. 440 Zeile 11—16.

[2]) A. A. Horrwitz a. a. O. S. 44.

[3]) vgl. RGE. v. 19. 5. 1893 Bd. 31 S. 97 ff.; Bolze Bd. 16 S. 390; OLG. Karlsruhe v. 26. 1. 1900 in OLG. Bd. 1 S. 390; Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 11 S. 339; Makower a. a. O. zu § 74 VII S. 230.

[4]) vgl. RGE. in JurW. 1905 S. 766; OLG. Dresden im Sächs. Arch. 11. Jahrg. S. 512.

Weiterhin wird man bei Prüfung der Frage, ob von dem Gehilfen ein Geschäft vorgenommen wurde, welches in den Handelszweig des schutzwürdigen Unternehmens des früheren Prinzipals fällt oder nicht, auf den Zeitpunkt achten müssen, in welchem die Klausel in Kraft tritt.

Wenn z. B. das Geschäft, in das der Handlungsgehilfe nach seinem Austritte eingetreten ist, kein Konkurrenzgeschäft war, und auch der Fall nicht vorliegt, daß dessen Inhaber zur Zeit des Eintritts des neuen Gehilfen schon die Absicht hatte, sein Geschäft auf die Konkurrenzartikel, die dem Gehilfen verboten sind, einzurichten, so kann aus dem Vertrage, in „kein Konkurrenzgeschäft einzutreten", nicht für den Handlungsgehilfen die Verpflichtung hergeleitet werden, aus dem Geschäfte sofort wieder auszutreten, nachdem das Geschäft nach dem Eintritt des Handlungsgehilfen sich auf die Konkurrenzartikel eingerichtet hatte.[1]) Das Verbot, „an einem bestimmten Orte ein Konkurrenzgeschäft nicht zu betreiben", wird nicht übertreten, wenn der Handlungsgehilfe außerhalb des ihm gesperrten Bezirkes ein Konkurrenzgeschäft errichtet und dann lediglich durch Zusenden von Preislisten, Offerten, durch Reisende in dem Sperrbezirke Geschäfte abschließt.[2])

Bezüglich des Verbotes, ein Konkurrenzgeschäft innerhalb einer bestimmten Entfernung zu eröffnen, ist die Frage, ob hierfür die Luftlinien- oder Straßenlinienentfernung maßgebend sein soll, dahin zu beantworten: in solchem Falle wird die Entfernung nach der Luftlinie zu bemessen sein.[3])

Zu weit geht m. E. eine Reichsgerichtsentscheidung, welche in dem Falle, wo dem Angestellten verboten war, bestimmte Artikel zu fabrizieren, darunter auch das Verbot verstanden haben will, diese Artikel aus Surrogaten herzustellen.[4])

---

[1]) RGE. v. 14. 3. 1890 III. Zivils. in Bolze Bd. 9 S. 361; abweichend RGE. in Bolze Bd. 7 S. 601.

[2]) RGE. in JurW. 1901 S. 726, Urteil v. 21. 9. 1901; RGE. in Bolze Bd. 8 Nr. 463, Bd. 22 Nr. 365.

[3]) KG. v. 2. 7. 1908 in DJZ. 1908 13. Jahrg. S. 1345; Apt a. a. O. 1907 S. 559.

[4]) RGE. bei Bolze Bd. 18 Nr. 408.

Sogen. vorbereitende Handlungen, welche der Verpflichtete in der Absicht vornimmt, ein Konkurrenzgeschäft zu gründen, sei es, daß er ein Lokal mietet, Personal zu engagieren sucht, Lieferungsgeschäfte abschließt, welche erst nach Ablauf der Sperrzeit zur Ausführung kommen, werden nicht vom Verbote der Gründung eines Konkurrenzgeschäftes umfaßt.[1])

Besonders interessante Komplikationen in der rechtlichen Beurteilung der Verletzung der in der Konkurrenzklausel übernommenen Verpflichtung ergeben diejenigen Fälle, in denen es sich darum handelt, ob eine Zuwiderhandlung einer dritten Person unter Umständen eine Verletzung der Konkurrenzklausel seitens des Handlungsgehilfen darstellen kann. Sicherlich ist diese Frage zu bejahen, wenn die Zuwiderhandlung durch Einschiebung einer Zwischenperson von dieser im Auftrage oder im Einverständnis mit dem verpflichteten Handlungsgehilfen begangen wird, z. B. dann, wenn die Ehefrau des Verpflichteten mit seiner Einwilligung die verbotene Konkurrenzhandlung vornimmt.[2]) Ebenso als ob der verpflichtete Handlungsgehilfe selbst die Zuwiderhandlung begangen hätte, sind die Fälle anzusehen, in denen ein Dritter eine rechtsgeschäftliche Tätigkeit für den Verpflichteten entfaltet, deren Wirkungen infolge der vorausgegangenen Einwilligung oder nachträglichen Genehmigung des verpflichteten Handlungsgehilfen in dessen Person eintreten.[3]) So verletzt der Gehilfe seine übernommene Konkurrenzenthaltungsverpflichtung dadurch, wenn er einen von seinem Reisenden in dem verbotenen Geschäftsbezirke seines früheren Prinzipals abgeschlossenen Verkauf nachträglich genehmigt. Wenn Dritte zu dem Handlungsgehilfen in einem solchen Rechtsverhältnisse stehen, daß sie seinen Anweisungen zu folgen haben, dann haftet der Handlungsgehilfe für eine „Zuwiderhandlung" dieser Personen, wenn er seiner Aufsichts- bezw. Verhütungspflicht nicht nachgekommen ist, wenn er also sein Personal

[1]) RGE. v. 10. 5. 1902 in JurW. 1902 S. 370, 369, 36; Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 12 S. 540; OLG. Cöln im Rhein. A. Bd. 94 (1899) Abt. 1 S. 196.

[2]) s. Bolze Bd. 23 S. 469; RGE. in DJZ. 1896 S. 424; Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 74 Anm. 13 S. 463; RGE. v. 2. 7. 1902 in JurW. 1902 Beil. 11 S. 264.

[3]) Lehmann a. a. O. S. 294; Stephan a. a. O. S. 125 ff.

nicht hinreichend informiert hat oder nicht genügend Vorkehrungen trifft, daß die ihm auferlegten Verpflichtungen nicht von seinen Angestellten übertreten werden, ohne daß gerade eine Zuwiderhandlung auf seinen Befehl hin erfolgt zu sein braucht.[1]) Dagegen wird m. E. eine dem verpflichteten Handlungsgehilfen nicht zur Last zu legende Übertretung der übernommenen Verpflichtung vorliegen, wenn die ihm unterstellten dritten Personen zufällig gegen das Verbot verstoßen.[2])

Verletzt der Handlungsgehilfe die Konkurrenzklausel, so ergibt sich hieraus für den Prinzipal zunächst der Anspruch, die Einhaltung der Klausel durch die Erfüllungsklage zu erzwingen. Die Klage ist auf Unterlassung der verbotenen gewerblichen Tätigkeit gerichtet. Wird danach dieser Anspruch rechtskräftig festgestellt, so geht die Verwirklichung in dem Falle, wo der Handlungsgehilfe ein Konkurrenzgeschäft gegründet hat, dahin, diesen Betrieb einzustellen. Ist er als ein Angestellter in ein Konkurrenzgeschäft eingetreten, hat er aus dem Konkurrenzunternehmen auszuscheiden. In diesem letzten Falle kann der Handlungsgehilfe wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Prinzipals zu Geldstrafe bis zu 1500 Mk. oder zu Haft bis sechs Monaten verurteilt werden.[3]) Der Verurteilung muß eine Strafandrohung vorhergehen. Die erkannte Strafe kann von der angedrohten verschieden sein.[4]) Jedoch ist die Umwandlung einer Geldstrafe in eine Haftstrafe unzulässig.[5]) Beide Strafen, Haft- und Geldstrafe, können nacheinander verhängt werden. Bei der Strafzumessung ist in jedem Falle der Zuwiderhandlung auf das Verschulden des Gehilfen Rücksicht zu nehmen.[6]) Auf Antrag des Berechtigten kann der Gehilfe auch zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt werden.[7]) Gegen die Entscheidungen dieser Art

---

[1]) Stephan a. a. O. S. 125ff.; Lehmann a. a. O. S. 294.
[2]) Stephan a. a. O.; Lehmann a. a. O.
[3]) § 890 ZPO.
[4]) OLG. Bd. 1 S. 245.
[5]) OLG. Bd. 2 S. 224.
[6]) s. Urteil des KfmG. Berlin in Gew.-u.KfmG. 12. Jahrg. 1907 S. 151.
[7]) ZPO. § 890 Abs. 3.

hat der Gehilfe das Recht der sofortigen Beschwerde.[1]) Die Sicherheitsleistungen und die Unterlassungen können selbst im Wege der einstweiligen Verfügung erlassen werden, falls durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung der Rechte des Prinzipals vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.[2])

In dem Falle, in dem die Verpflichtung aus der Konkurrenzklausel in dem Einstellen eines Geschäftsbetriebes besteht, kommt nicht § 888 ZPO., sondern § 890 ZPO. zur Anwendung. Denn § 888 hat nur positive Leistungen im Auge, während im vorliegenden Falle doch die Unterlassung des Betriebes in Frage steht.[3]) Neben dem Anspruch auf Erfüllung steht dem Prinzipal ein Ersatz des durch die Nichterfüllung entstandenen Schadens zu. Für den Schadensersatzanspruch sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs maßgebend. Nach § 249 BGB. hat der zum Schadensersatz verpflichtete Gehilfe den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Gewöhnlich wird dies nicht möglich sein; alsdann wird eine Entschädigung in Geld durch den Handlungsgehilfen an den Prinzipal stattzufinden haben (§ 251 BGB.). Bei der Berechnung des Schadens wird in Betracht zu ziehen sein, wieviel Kunden, Geschäftsabschlüsse usw. dem Prinzipal entgangen und dem Handlungsgehilfen zugegangen sind infolge seiner verbotenen Tätigkeit.

Die Geltendmachung der Rechte aus der Konkurrenzklausel gestaltet sich für den Prinzipal wesentlich anders, wenn er, wie dies oft der Fall ist, mit dem Handlungsgehilfen für den Fall der Übertretung eine Konventionalstrafe vereinbart hat. In diesem Falle ist vom Handelsgesetzbuch im § 75 Abs. 2 eine besondere Regelung erfolgt, darin wird bestimmt:

Hat der Handlungsgehilfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe

---

[1]) ZPO. § 790.

[2]) RGE. Bd. 9 S. 335, Bd. 27 S. 430; OLG. Karlsruhe v. 13. 8. 1901 in OLG. 1901 S. 447.

[3]) s. Lehmann-Ring a. a. O. zu § 75 Nr. 6 S. 182; KfmG. Berlin in Gew.-u.KfmG. 12. Jahrg. S. 151; a. A. Heitmann a. a. O. S. 58; Tiedemann a. a. O. S. 128.

versprochen, so kann der Prinzipal nur die Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Bevor an die nähere Erörterung dieser Vorschriften herangetreten werden soll, ist noch zu erwähnen, daß die im Satz 2 des Abs. 2 des § 75 enthaltene Bestimmung überflüssigerweise ins Handelsgesetzbuch aufgenommen wurde. Steiner[1]) hat hierauf schon hingewiesen mit der Begründung, daß ebenso wie sich aus § 74 eine richterliche Modifikation der Konkurrenzklausel ergebe, eine solche auch für die vereinbarte Straffumme zulässig sei. M. E. würden mangels einer gesetzlichen Regelung schon in Gemäßheit des § 2 EG. z. HGB. die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Herabsetzung einer Vertragsstrafe einzugreifen haben, wie ja im umgekehrten Falle der Gesetzgeber da, wo er eine Herabsetzungsmöglichkeit durch den Richter im Handelsrechte nicht zulassen wollte, dies ausdrücklich gesagt hat (§ 348 HGB.).

Die Konventionalstrafe ist verwirkt, sobald der Handlungsgehilfe der übernommenen Verpflichtung zuwiderhandelt.[2]) Es bedarf keiner vorherigen Inverzugsetzung. Selbstverständliche Voraussetzung für die Verwirkung der Vertragsstrafe ist nach § 344 BGB. ferner noch, daß das Versprechen der Leistung überhaupt rechtswirksam ist, im vorliegenden Falle also, daß die Klausel den Vorschriften des § 74 HGB. entsprechen muß, da infolge der akzessorischen Natur der Vertragsstrafe diese selbst von der Rechtsunwirksamkeit der getroffenen Konkurrenzklausel ergriffen wird.[3]) Im übrigen weicht die Bestimmung des § 75 in ganz erheblichem Maße von den Vorschriften, die im § 340 BGB. getroffen sind, ab.

Nach § 340 Abs. 1 BGB. kann der Gläubiger, wenn der Schuldner eine Strafe für den Fall versprochen hat, daß er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, statt der Erfüllung die verwirkte Strafe fordern; er hat die Wahl, ob er Erfüllung oder Strafe verlangen will derart, daß durch seine Erklärung, er verlange die Strafe, der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen wird. Da es sich hier aber um eine dispositive Vorschrift handelt, so kann er sich sogar Erfüllung neben der Strafe durch Vertrag vereinbaren lassen.

[1]) Steiner a. a. O. S. 33.

[2]) § 339 Satz 2 BGB.

[3]) s. RGE. v. 29. 5. 1908 Bd. 69 S. 12.

Nach § 75 Abs. 2 u. 3 kann der Prinzipal nur die Strafe fordern. Jeder Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Der Prinzipal kann also in diesem Falle auch nicht auf die Vertragsstrafe verzichten, um sich den Anspruch auf Erfüllung zu erhalten. Damit gewinnt, wie Düringer-Hachenburg[1]) sagen, die Vereinbarung, durch welche der Handlungsgehilfe sich unter Strafe einer Konkurrenzbeschränkung unterwirft, eine noch ganz andere Bedeutung, als sie nach früherem Rechte hatte. Die Strafe ist der Preis, um den er sich seiner Verbindlichkeit entledigen kann.

In Gemäßheit dieses letzten Satzes hat der Prinzipal auch nicht das ihm sonst nach § 340 Abs. 2 BGB. zustehende Recht, die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens zu verlangen, ohne daß hierdurch die Geltendmachung eines weiteren Schadens ausgeschlossen ist.

Nach § 75 Abs. 2 Satz 2 HGB. „bleiben die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Strafe unberührt". Zu den gemäß § 343 BGB. für das Eintreten des richterlichen Ermäßigungsrechts erforderlichen Voraussetzungen gehört in erster Reihe, daß die Strafe verwirkt sein muß, d. h. es muß eine Zuwiderhandlung des Schuldners, des verpflichteten Handlungsgehilfen vorliegen, so daß eine Ermäßigung einer nur vereinbarten Strafe nicht eintreten kann.[2]) Eine zweite Voraussetzung für die Möglichkeit einer Herabsetzung der Strafe besteht darin, daß der Richter sie nur auf Antrag des Verpflichteten herabsetzen darf, und eine weitere Voraussetzung ist die, daß die Strafe noch nicht entrichtet ist. Ist die Strafe entrichtet, so kann sie nicht mehr ermäßigt werden. Entrichtet im Sinne des Gesetzes ist die Strafe jedoch nur, wenn sie freiwillig bezahlt wurde. Würde z. B. der verpflichtete Handlungsgehilfe bei der Vereinbarung der Strafe sich der sofortigen Zwangsvollstreckung für den Fall der Verwirkung der Strafe unterworfen haben und hat der Prinzipal auch hernach die Strafe beigetrieben, so ist eine Herabsetzung der Strafe nicht ausgeschlossen. Ebensowenig kann von einer freiwilligen Ent-

[1]) Düringer-Hachenburg a. a. O. zu § 75 Anm. 8 S. 469.

[2]) s. RGE. in JurW. 1901 S. 750 Nr. 4; Hölder im Recht 1900 S. 162 ff.

richtung die Rede sein, wenn der Gläubiger, der Prinzipal, seine Forderung auf die verwirkte Strafe gegen eine Forderung, die dem Gehilfen gegen den Prinzipal zusteht, aufrechnet. Endlich schließt auch die teilweise Entrichtung der Strafe, selbst wenn sie in Anerkennung der vollen Schuld als Abschlagszahlung entrichtet wurde, nicht aus, daß der Richter bezüglich des noch nicht entrichteten Restbetrages eine Ermäßigung eintreten lassen kann.[1])

Sind also diese Voraussetzungen vorhanden, so tritt an den Richter die Frage heran, ob die Strafsumme unverhältnismäßig hoch sei und auf welchen angemessenen Betrag sie alsdann herabgesetzt werden müsse. Hierbei hat er den Fall auszuscheiden, wo eine Strafe im Sinne des § 138 BGB. als wucherisch erscheint. Alsdann ist die ganze Strafabrede nichtig und kein Antrag des Verpflichteten auf Beseitigung der Strafabrede erforderlich; der Richter hat von Amts wegen die Nichtigkeit zu berücksichtigen, so daß auch im Falle der Abwesenheit des beklagtischen Handlungsgehilfen eine Verurteilung nicht stattfinden darf.[2]) Weiter wird der Handlungsgehilfe, wenn die Zuwiderhandlung mit einer ganz enormen Strafe bedroht war, mit einer wucherischen im Sinne des § 138 BGB., und er trotzdem die Strafe bezahlt hat, nachher die bereits entrichtete Strafe gemäß den Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern können.

Für die Beurteilung der Höhe einer an sich gültigen Strafe bezüglich ihrer Angemessenheit hat der Gesetzgeber schon einen ausdrücklichen Leitsatz insofern gegeben, als der Richter bei Beurteilung der vorliegenden Frage jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht nur das vermögensrechtliche, in Betracht zu ziehen hat. Weiterhin wird der Richter aber auch nicht die in §§ 133, 157 BGB. enthaltenen Vorschriften außer acht lassen dürfen, vielmehr so zu verfahren haben, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Geht man von diesem allgemeinen und jenem besonderen Gesichtspunkte bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Strafe aus, so wird er es von vornherein ablehnen, eine Strafsumme in dem Maße herab-

---

[1]) Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 397.

[2]) Hölder im Recht 1900 S. 64.

zusetzen, wie er ein Wettbewerbsverbot, sei es nun örtlich, zeitlich oder gegenständlich, beschränkt hat. Daß dieses Verfahren allzusehr die Interessen des Prinzipals schädigen würde, zeigt sich darin, daß dieser bei bereits erfolgter Ermäßigung auf eine kürzere als vorher vereinbarte Zeitdauer nicht nur früher die schädliche Konkurrenz erfahren würde, sondern event. noch an seiner Strafsumme, die auf einen späteren, minder gefährlichen Eintritt der Konkurrenz berechnet war, eine Einbuße erlitte.[1]) In der Ansicht, die Strafe sei immer dann herunterzusetzen, wenn die Zuwiderhandlung einen Schaden in Höhe der Strafsumme nicht veranlaßt habe, und zwar so, daß sie den nachweisbaren Schadensbetrag nicht übersteige, liegt eine völlige Verkennung der rechtlichen Natur und des wirtschaftlichen Zweckes einer Konventionalstrafe. Diese Forderung läßt außer acht, daß unter Umständen die Ausbedingung einer Vertragsstrafe für den Prinzipal die Erleichterung der Geltendmachung seines Schadens bezweckt und ganz besonders deshalb wertvoll ist, weil der Verpflichtete durch die drohende Strafzahlung zur Erfüllung der übernommenen Pflichten angetrieben wird. Denn „poena promittitur, ut metu eius a placitis non recedatur".[2])

Bezüglich der Frage, welchen Zeitpunkt der Richter bei der Prüfung, ob eine Strafe unverhältnismäßig hoch sei, zu berücksichtigen haben wird, ist zu bemerken, daß das richterliche Ermäßigungsrecht an die alleinige Voraussetzung, daß die Strafe unverhältnismäßig hoch sei, geknüpft ist. Dem Richter ist darnach bei Beurteilung der Strafe der weiteste Spielraum für die Würdigung der in Betracht zu ziehenden Umstände eingeräumt, und er ist insbesondere nicht an die Verhältnisse zur Zeit der Vereinbarung der Strafe gebunden, sondern kann ebensowohl nach Lage des Falles sogar ausschließlich die Verhältnisse der Folgezeit berücksichtigen.[3]) Endlich darf bei der Frage, ob eine Herabsetzung der Strafe möglich sei, nicht unberücksichtigt bleiben, ob eine eventuelle teilweise Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit

[1]) RGE. III. Zivils. im Recht 1908 12. Jahrg. Beil. 2 S. 139 Ziff. 846.

[2]) l. 1 C. de receptis 2, 55 Imperator Antoninus; RGE. im Recht 1905 S. 470 Ziff. 1836.

[3]) RGE. v. 16. 11. 1906 in Bd. 64 S. 291.

durch den Verpflichteten vorliegt,[1]) ein Leitsatz, auf den auch der code civil in seinem Art. 1231 hingewiesen hat mit den Worten: „La peine peut être modifiée par le juge, lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie".

Im einzelnen ist hier noch zu erwähnen, daß die Verwirkung der Strafe — die erste Voraussetzung des richterlichen Ermäßigungsrechtes — mit der Zuwiderhandlung gegen die vereinbarte Unterlassungspflicht eintritt. Da die Verpflichtung auf ein Unterlassen gerichtet ist, so gehört gemäß § 339 BGB. eine Mahnung des berechtigten Prinzipals zur Einstellung des vertragswidrigen Verhaltens nicht zu den Voraussetzungen der Verwirkung. Auch ist die Verwirkung der Strafe in der Regel nicht davon abhängig, ob ein Verschulden des Gehilfen an der Zuwiderhandlung vorliegt.[2]) Nach § 345 liegt die Beweislast bezüglich der Zuwiderhandlung, da die Leistung in einem Unterlassen besteht, dem Prinzipal ob. Zu beachten ist, daß die bedungene Strafe in jedem Falle nur einmal gefordert werden kann. Hat sich der Handlungsgehilfe verpflichtet, in kein bestehendes Konkurrenzgeschäft einzutreten, so ist, sobald er dieser Pflicht zuwiderhandelt, die Strafe verwirkt und kann nicht ein zweites Mal gefordert werden, falls er aus dem ersten Konkurrenzgeschäft wieder ausgetreten und in ein zweites eingetreten ist.[3])

Vereinbarungen, welche den im vorstehenden dargelegten Bestimmungen zuwiderlaufen, sind durch die Vorschrift des § 75 Abs. 3, die auch die Regeln des § 75 Abs. 1 betrifft, für nichtig erklärt. Die Ungültigkeit solcher Vereinbarungen hat indessen nicht die Unwirksamkeit der ganzen Konkurrenzklausel zur Folge.[4])

Der Erfüllungsort für die Verpflichtung zur Unterlassung der Konkurrenzhandlungen regelt sich nach § 269 BGB.[5])

---

[1]) OLG. Stettin im Recht 1905 S. 526.

[2]) vgl. Dernburg a. a. O. § 103 I, 2 S. 255; Lehmann a. a. O. S. 240; Goldmann-Lilienthal a. a. O. zu § 339 S. 394; Oertmann a. a. O. zu § 339 S. 189.

[3]) s. RGE. in Bolze Bd. 5 Nr. 603.

[4]) Reinshagen a. a. O. S. 46/47.

[5]) s. RGE. in Bd. 51 S. 311 und RGE. III. Zivilsenat v. 25. 5. 1908 in Bd. 69 S. 9; Staub a. a. O. zu § 75 Anm. 9 S. 344.

§ 6.

Verjährung der Ansprüche aus der Konkurrenzklausel und ihre Übertragbarkeit.

Eine Bestimmung darüber, binnen welcher Zeit die Ansprüche des Prinzipals aus einer Verletzung der Konkurrenzklausel verjähren, ist in den §§ 74, 75 nicht enthalten. Zwar hat das Handelsgesetzbuch für die ähnlichen Ansprüche, welche dem Prinzipal aus Verletzung verbotener Tätigkeit des Handlungsgehilfen während des Dienstverhältnisses zustehen, im § 61 Abs. 2 die kurze dreimonatliche bezw. fünfjährige Verjährungsfrist festgesetzt. Aber da eine analoge Anwendung dieser Vorschriftnn nicht statthaft ist, so bestimmt sich die Verjährung der Ansprüche aus der Konkurrenzklausel nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Die Verjährung beginnt mit der Zuwiderhandlung. Die Frist beträgt 30 Jahre.[1])

Was die Frage der Übertragbarkeit der Ansprüche aus der Konkurrenzklausel anbelangt, so sind ohne Zweifel alle Ansprüche aus einer bereits erfolgten Zuwiderhandlung, der erwachsene Schadensersatzanspruch und das Recht auf eine verwirkte Konventionalstrafe übertragbar. Soweit die Ansprüche aus der Klausel auf die Zukunft sich erstrecken, ist ihre Übertragbarkeit von dem Vorhandensein und Fortbestehen eines Interesses auf seiten des Berechtigten abhängig.[2]) Auch werden die Ansprüche alsdann nicht immer höchstpersönliche desjenigen Prinzipals sein, der die Klausel vereinbart hat, sondern sie gehören zu dem von ihm geleiteten Geschäfte und gehen im Zweifel bei dessen Übertragung auf den neuen Erwerber über.

Eine Übertragbarkeit der Verpflichtung ist zweifelsohne nicht anzunehmen.[3])

---

[1]) §§ 194 ff. BGB.

[2]) s. S. 41 ff.

[3]) s. Renger a. a. O. S. 56; Reinshagen a. a. O. S. 34; Staub a. a. O. zu § 74 Anm. 8; Horrwitz a. a. O. S. 158; KfmG. Straßburg in Gew.-u.KfmG. 12. Jahrg. Nr. 3 S. 66; KfmG. u. LG. Gießen in Gew.-u.KfmG. 13. Jahrg. S. 314, 315.

§ 7.

Abänderung oder Aufhebung der Konkurrenzklausel?

Wie eingangs dieser Arbeit hervorgehoben wurde, erstreben die Verbände der Handlungsgehilfen eine gänzliche Abschaffung, bezw: eine starke Einschränkung der bestehenden Vorschriften bezüglich der Konkurrenzklausel. Daß dieses Bestreben auf gänzliche Aufhebung nur aus ihrem einseitigen Interessenstandpunkte hervorgeht, zeigt sich darin, daß sämtliche Handelskammern auf eine diesbezügliche Rundfrage des preußischen Handelsministers sich gegen Abschaffung und Abschwächung der bestehenden Vorschriften zugunsten der Gehilfen ablehnend geäußert haben, und auch neun Kaufmannsgerichte haben auf eine diesbezügliche Frage des Reichsjustizamtes ablehnend geantwortet. Vom Standpunkte der öffentlichen Wohlfahrt, die eine ausgleichende Berücksichtigung sowohl der Interessen der Geschäftsherrn wie der Gehilfen fordert, ist daher eine gänzliche Abschaffung der Konkurrenzklausel nicht geboten.

Erwähnt soll hierzu noch werden, daß in keinem anderen Kulturstaate Europas eine den Interessen der Handlungsgehilfen so weit entgegenkommende Regelung durch Gesetz vorliegt.[1])

Was die Abänderungsvorschläge anbelangt, so ist von diesen der von den Kaufmannsgerichten München und Frankfurt a. M. vorgeschlagene am meisten erörtert und besprochen worden. Er lautet:

1. Die Konkurrenzklausel soll unwirksam sein, wenn der Gehilfe bei Beendigung des Dienstverhältnisses nicht mehr als 3000 Mk. Jahresgehalt bezogen habe.

2. Der Zeitraum, für den eine Konkurrenzklausel vereinbart werden könne, soll auf ein Jahr abgekürzt werden.

[1]) s. Gew.-u KfmG. 13. Jahrg. S. 338—352. Für Belgien, England, Österreich, Ungarn, Niederlande, Schweiz, Italien, Rußland-Polen, Dänemark sind die diesbezüglichen Normen dargelegt; vgl. auch Biberfeld, Die Bedeutung der Konkurrenzklausel im internationalen Rechtsverkehr, in Böhms Zeitschr. f. intern. Privat- u. Strafrecht Bd. 9 1899 S. 294—300.

3. Eine vertragsmäßige Strafe soll nur bis zum Betrage der Hälfte des Jahreseinkommens zulässig sein.

Bezüglich des ersten Punktes liegt es auf der Hand, daß er die grundsätzliche Verschiedenheit der Verhältnisse der Kleinindustrie und des Kleinhandels einerseits und des Großhandels und der Großindustrie andererseits außer acht läßt. In manchen Gegenden würde alsdann die Klausel ziemlich wertlos sein, da nur wenige Geschäfte in der Lage sein würden, derartige Gehälter zu zahlen.[1])

Bezüglich des zweiten Punktes ist zu erwähnen, daß allerdings bei der Schnelligkeit, bei der heutzutage im Geschäftsleben die Entwicklung fortschreitet, nach Ablauf eines Jahres dem Prinzipal durch die Konkurrenz des aus seinem Geschäfte ausgeschiedenen Angestellten unter Umständen ein nennenswerter Schaden kaum erwachsen kann,[2]) manchmal jedoch würden durch die Abkürzung auf ein Jahr m. E. die Interessen des Prinzipals z. B. in der chemischen und Kabelindustrie nicht voll gewahrt werden können. Das richterliche Ermäßigungsrecht bürgt m. E. genug dafür, daß auch ohne Herabsetzung auf ein Jahr die Interessen der Handlungsgehilfen gebührend berücksichtigt werden können. Deshalb halte ich eine Änderung der gesetzlichen Bestimmungen in dieser Beziehung für verfehlt.

Auch in bezug auf die Höhe der zulässigen Vertragsstrafe ist es m. E. nicht notwendig, eine Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen eintreten zu lassen. Auch hier kann es beim richterlichen Ermäßigungsrechte bleiben. Denn es genügt nicht den Interessen des Prinzipals, wenn eine Vertragsstrafe nur bis zum Betrage der Hälfte des Jahreseinkommens vereinbart werden kann. Die Konkurrenz würde sich in vielen Fällen bereit erklären, die Strafe für den vertragsbrüchigen Gehilfen zu zahlen, so daß dieser Vorschlag zu Punkt 3 nicht sowohl eine Besserstellung als vielmehr ein Zugeständnis an den illoyalen Wettbewerb bedeuten würde.[3])

---

[1]) KfmG. Altona im Gew.-u.KfmG. 13. Jahrg. S. 324 und KfmG. Gelsenkirchen ebenda S. 330, 331.

[2]) KfmG. Plauen ebenda S. 335.

[3]) KfmG. Gelsenkirchen im Gew.-u.KfmG. 13. Jahrg. S. 331; Handelskammer Breslau in Handel und Gewerbe 15. Jahrg. Nr. 9 S. 162.

Der eben erwähnte Vorschlag der Kaufmannsgerichte Frankfurt a. M. und München enthielt weiter einen Punkt, wonach der Prinzipal nur dann Ansprüche aus der Konkurrenzklausel haben solle, wenn er einen Schaden nachweise. Auch diesem Vorschlage ist nicht beizutreten. Denn er verkennt sowohl das Wesen und den Zweck einer Konkurrenzklausel. Die Klausel soll dem Arbeitgeber nicht Erstattung eines Schadensersatzes für den Fall ihrer Verletzung sichern, sondern die Entstehung eines Schadens verhüten, und soll ihn ferner entbinden von dem Nachweis der Schädigung, der ziffernmäßig wohl kaum zu führen ist. Würde der Prinzipal erst auf den Klageweg verwiesen werden und sollte ihm die Nachweislast auferlegt werden, so käme das einer praktischen Aufhebung der Klausel gleich.[1])

Eine Aufhebung oder eine Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Konkurrenzklausel ist darnach nicht zu befürworten. „Es ist am besten, das Gesetz nicht zu ändern, sondern Vertrauen auf die Rechtsprechung und auf die Zunahme des sozialen Verständnisses zu haben."[2])

---

[1]) KfmG. Gelsenkirchen a. a. O.

[2]) Gareis in DJZ. 13. Jahrg. 1908 Nr. 1 S. 45.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.